

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محرم عزى البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

عقد المعاونة

المواد ٦٤٦ - ٦٧٣

المجلد التاسع



٩ ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المجلد التاسع

محمد غزالي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

القانون المدني

{ عقد المعاولة }

- أركان عقد المعاولة • التزامات المفاوض
- التزامات رب العمل • المعاولة من الباطن
- انقضاء المعاولة • عقد التزام المرافق العامة
- العقد الطبي ومسئولية الطبيب والمستشفى
- إفشاء الطبيب سر المهنة

المجلد التاسع

المواد ٦٤٦ - ٦٧٣



دار ماين الجارودي - باب الخلق - القاهرة

ت: ٤٤٣ - ٢ ٢٦٦ - ٢ ٢٦٦ - ٢ ٢٦٦ - ٢ ٢٦٦

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

بشرفنا أن نقدم للسادة رجال القانون المجلد الثالث
من موسوعة الفقه والقضاء فى " العقود المدنية
الصغيرة " .

وقد خصصنا هذا المجلد لشرح عقد المعاولة .
وشرح بعض أنواع المقاولات ، ووقع اختيارنا على
عقد التزام المرافق العامة ، والعقد الطبى .
وقد حرصنا إلى جانب الشرح الفقهى المتعمق على
إيراد كافة أحكام القضاء المتعلقة بالمسائل محل البحث ،
لاسيما أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا
والمحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية
لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة .

ويحدوني الأمل في تقبل هذا العمل . والكمال دائما
لله وحده .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ،،

المؤلف

المستشار

محمد عزمى البكرى

رئيس محكمة الاستئناف

عقد المعاولة

موضوع رقم (١)

**تعريف عقد المقاولة - خصائص عقد المقاولة -
تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود - تنوع الأعمال
التي تكون محلا للمقاولة - التنظيم التشريعي لعقد المقاولة**

١- تعريف عقد المقاولة :

عرفت المادة ٦٤٦ من التقنين المدني عقد المقاولة بقولها : " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " ^(١).

ومثال ذلك أن يتعهد شخص ببناء منزل أو إنشاء مصرف أو مسقى، أو صنع أثاث ، أو حياكة ثوب ، أو إحضار فرقة مسرحية. وأهم أنواع المقاولات هي مقاولات البناء .

على أن أحكام المقاولات ليست مقصورة على المقاولين، بل تسرى على العمال والصناع، إذا كانوا يؤدون أعمالهم بالمقاولة ، كالتجارين والبنائين والخياطين ^(٢). كما أن هناك التزام المرافق العامة وعقود الأشغال العامة ، وعقد النقل ، وعقد الإعلان ، وعقد النشر ، وعقود المهن الحرة وعقد النظارة.

(١) المقاولة لغة :

جاء بالمعجم الوجيز ص ٥٢٠ (قوله) في الأمر : فاوضه وجادله . وأعطاه العمل مقالة على تعهد منه بالقيام به .

(٢) عمدا كامل مرسى العقود المسماة - الجزء الرابع الطبعة الأولى ١٣٧٢هـ
١٩٥٣م ص ٤٧٢ وما بعدها .

ويعرف بعض الفقهاء عقد المقاولة بأنه : عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر ، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته ^(١).

ويقترّب هذا التعريف من التعريف الذى أتت به المادة ٦٤٦ وهو أن المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر . ولكن هذه التعريف أكثر دقة من التعريف الذى جاءت به المادة ٦٤٦ مدق ، وذلك لإبرازه الخاصية الأساسية لعقد المقاولة ، تلك الخاصية التى تميزه عن عقد العمل - كما سيأتى بيانه فيما بعد- وهى خاصية استقلال المقاول عن رب العمل فى تنفيذهِ لعقد المقاولة دون الخضوع لإشراف أو إدارة رب العمل .

ويسمى من يقوم بصنع الشئ ، أو بأداء العمل محل العقد مقاولا ، كما يسمى من يتم الصنع أو يؤدي العمل لحسابه رب العمل ^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدق المقاولة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر . وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه ، ومن سائر أوراق الطعن أن المطعون ضده تعاقد مع الشركة الطابعة على القيام بأعمال النجارة الخاصة بالتوسع فى مبنى إدارة الشركة بطنطا لقاء مبلغ وأن

(١) الدكتور محمد ليبب شنب شرح أحكام عقد المقاولة ١٩٦٢ ص ١٢ وما بعدها .

(٢) الدكتور عبد الرزاق حسين بس المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء الطبعة الأولى ١٩٨٧ ص ٨٣ وما بعدها .

الطاعنة استصدرت ترخيصا باسمها لشراء الأخشاب اللازمة لأعمال النجارة المتعاقد عليها ، وسلمت المطعون ضده شيكا مسحوبا لصالح الشركة التجارية استلم بمقتضاه أخشابا قيمتها وقامت شركة الأخشاب ببيع باقى قيمة الشيك لحساب الشركة الطاعنة ، فإن التكييف القانونى للتعاقد المبرم بين الطرفين أنه عقد مقاوله . ولما كان الثابت أن المطعون ضده لم يقم بتنفيذ الأعمال التى التزم بها بموجب عقد المقاوله المشار إليه رغم استلامه الأخشاب اللازمة لتلك الأعمال، وأن الطرفين اتفقا على فسخ العقد، فإنه يترتب على هذا التفاسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها ، وحق للشركة الطاعنة أن تسترد الأخشاب التى تسلمها المطعون ضده بسبب عقد المقاوله ونفاذا له ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر الصحيح فى القانون وكيف العلاقة بين الطرفين بأنها عقد قرض أقرضت الشركة الطاعنة بموجبه المطعون ضده ثمن الأخشاب التى نزلت له عن ملكيتها مقابل قيمة الشيك الذى حرره لصالح بمبلغ . رغم عدم وجود رصيد له ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جانبه التوفيق فى إسباغ التكييف القانونى الصحيح على العقد المبرم بين الطرفين وخالف المعنى الظاهر للعقد فيما استخلصه من نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه .

(طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٥ قى جلسة ١٠/١٢/١٩٧٩)

٢- خصائص عقد المقاوله :

لعقد المقاوله عدة خصائص وتخلص هذه الخصائص فى أنه :

١- عقد رضائي :

فالمشرع لا يشترط لانعقاد المفاوضة شكلا خاصا، بل يكفي لانعقادها بمجرد تراضي الطرفين ، وقد يتم ذلك كتابة أو شفاهة أو حتى بالإشارة الدالة وتبدو هذه الخصيصة واضحة من نص المادة ٦٥٨ مدني الذي لا يميز للمفاوض أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في التصميم المتفق عليه تعديل أو إضافة، إلا إذا اتفق على هذا الأجر، فقد اشترطت هذه المادة أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلي قد اتفق عليه مشافهة .

ولاتفقد المفاوضة هذه الصفة الرضائية ولو كان العمل المطلوب هو بناء سفينة، إذ لا تشترط الرسمية، إلا إذا كان العقد الواقع على السفينة بيعا^(١).

٢- عقد معاوضة :

ذلك أن كلا من طرفيه يقتضي مقابلا لما يعطى ، فالمفاوض لا يصنع الشيء ولا يؤدي ما نيظ به من عمل بنية التبرع ، بل اقتضاء لأجر من رب العمل . كذلك فإن هذا الأخير إذ يدفع الأجر، إنما يقتضي به العمل وهكذا تتوافر لدى الطرفين نية أخذ المقابل لما يعطى .

٣- عقد وارد على العمل :

الأداء الرئيسي في العقد مطلوب من المفاوض وهو القيام بعمل معين ، ورغم أن هذا العمل يتم في مقابل أجر ، وهذا الأجر قد يكون عبارة عن نقل ملكية شيء مثلي أو قيمي إلى المفاوض ، فإن الاعتداد في وصف العقد إنما يكون بالأداء الرئيسي لا المقابل .

(١) محمد لبيب شنب ص ١٢ وما بعدها .

والمقاول إذ يقوم بالعمل المكلف به ، فإنما يفعل ذلك باسمه الخاص ، مستقلا عن أى إدارة أو إشراف من جانب رب العمل . فالعقد يحدد العمل أو النتيجة التى أرادها المتعاقدان ، والمقاول يختار الوسائل والأدوات التى يراها مودية إلى إنجاز هذا العمل أو تحقيق هذه النتيجة ، دون أن يكون لرب العمل أن يتدخل لتوجيه هذا الاختيار أو رقبته ^(١).

ويرد عقد المقاولة على عمل مادى وهو صنع شئ أو أداء عمل ، وهذا هو الأمر الغالب فى عقد المقاولة ، ولا يقلل من هذا رأى أن يودى المقاول أو المهندس المعمارى أحيانا أعمالا ذهنية لازمة لأداء عمله ، كإجراء الحسابات التى يقتضيها إبرام العملية أو تنفيذها ، كذلك فقد يتضمن أداء كل منهما تصرفا قانونيا ، كنقل ملكية المواد أو الأشياء التى يقدمها - واللازمة لتنفيذ العمل - إلى رب العمل .

وأضاف إن المهندس المعمارى الذى قد يقتصر عمله على وضع التصميم ، وإجراء المقاييسات اللازمة للمشروع ، فإن أعماله هذه - رغم بروز الجانب الذهبى فيها - تعتبر أعمالا مادية - كما سنرى - وذلك بالتبعية للأداء الرئيسى فى عقد المقاولة وهو ما يكون فى الغالب الأعم عملا ماديا ، والأحكام إنما تبى على الغالب ^(٢).

(١) محمد ليبب شنب ص ١٣ - الأستاذ فتحيه قسره أحكام عقد المقاولة ١٩٨٧

ص ١٩ .

(٢) عبد الرازق حسين ص ٨٦ وما بعدها .

تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود :

إذا توافرت الخصائص السابقة للعقد ، ولا سيما خصيصة القيام بالعمل استقلالا وخصيصة كون العمل يتم في مقابل أجر ، أمكن تكييف العقد بأنه مقالة . ومع ذلك فقد يلتبس عقد المقاولة ببعض العقود الأخرى . ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلي :

٣- أولا : المقاولة والبيع :

ترد المقاولة على العمل أما البيع فيرد على الملكية . فالمقاول الذى يتعهد ببناء منزل يرم عقد مقالة . أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك ، فالعقد بيع^(١) .

وإذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول على تقديم عمله ، فلا شبهة في أن العقد مقالة . إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤٧ مدنى على أنه : " يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى عمله " .

إنما تقوم الشبهة فى الحالة التى نصت عليها الفقرة الثانية من المادة من أنه : " كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا " ، وهو ما يسمى بعقد الاستصناع ، كأن يتعاقد شخص مع حائك على أن يصنع له حلة ويقدم الحائك القماش من عنده ، أو يتعاقد مع نجار على صنع مكتب ويقدم النجار الخشب من عنده ، فهل يكون العقد فى الصورتين سالفى الذكر عقد مقالة أم يكون عقد بيع واقع على شئ مستقبل هو القماش بالنسبة للحائك والخشب بالنسبة للنجار .

(١) الأستاذ محمد عبد الرحيم غير الوحيد فى عقد المقاولة والتوكيلات التجارية الطبعة الثانية ١٩٨٢ ص ٣٧ .

وقد انقسم الرأى فى شأن تكيف هذا العقد إلى عدة آراء :

الرأى الأول :

أن عقد الاستصناع عقد مختلط . فهو مكون من عقدين مختلفين المفاوضة والبيع ، إذ لا يمكن اعتباره عقدا بسيطا : مفاوضة فقط ، أو بيعا فقط ، فهو مكون من عقدين مختلفين جمعتهما عملية اقتصادية واحدة . فالعقد الذى يقدم فيه العامل المادة هو فى نفس الوقت مفاوضة وبيع ^(١).

وعيب هذا الرأى أنه يودى إلى إثارة صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التى تتعارض فيها أحكام المفاوضة مع أحكام البيع ، كما هو الأمر فيما يختص بطبيعة العوض وتحديدته ، وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة ، إذ تتعين عندئذ المفاضلة بين العقدتين ، وهو ما يودى إلى التحكم فى أغلب الأحيان ^(٢).

الرأى الثانى :

الاستصناع عقد مفاوضة ابتداء وبيع انتهاء : فهو مفاوضة مادام الشئ لم يتم صنعه بعد ، فإذا انتهى هذا الصنع ، تحول العقد إلى بيع للشئ المصنوع ، بنقل ملكيته إلى المشتري .

وعيب هذا الرأى واضح ، ذلك أن تكيف العقد إنما يتم وقت انعقاده بغض النظر عما يترتب عليه بعد ذلك ، ولا يجوز أن يتغير وصف العقد وقت تكوينه ، عن وصفه إذا ما نفذ ، فضلا عن أن المفاوضة يضمن

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٧٩ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٧ .

عمله مدة طويلة بعد صنع الشيء ، مما يدل على أن المقابلة تظل ولا تنقضى بمجرد إتمام هذا الصنع^(١).

الرأى الثالث :

الاستصناع عقد بيع لشيء مستقبل: وهذا الرأى لا يدخل فى الاعتبار أن المفاوض إنما تعاقد أصلا على العمل ، والمادة إنما جاءت تابعة للعمل. ولو كان المفاوض قصد أن يبيع شيئا مصنوعا، لجازله أن يقدم لرب العمل شيئا يكون قد صنعه قبل العقد. وهو إذا فعل، وقبل منه رب العمل ذلك ، فإن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي ، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على أنه بيع لا لشيء مستقبل ، بل لشيء حاضر^(٢).

ومع ذلك فشرح القانون البحرى يرجحون هذا التكييف بالنسبة لعقد بناء السفينة .

الرأى الرابع :

عقد الاستصناع عقد مقابلة : ذلك أن المادة التى يوردها المفاوض ليست إلا تابعة للعمل ، لأن التزام المتعهد هو القيام بعمل معين: صنع الشيء المطلوب منه ، وبدون إنجاز هذا العمل لا يعتبر المتعهد أنه قد وفى بالتزامه ، وإذا كان يترتب على صنع الشيء أن يملكه رب العمل ، فذلك

(١) محمد لبيب شنب ص ١٧ .

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء السابع المجلد الأول ١٩٨٩ ص ٣٣ وما بعدها .

لا يعنى أن العقد ورد منذ الأصل على الملكية وأنه بالتالى عقد بيع، فتملك رب العمل للشئ الذى صنعه المكاوّل ليس إلا نتيجة ضرورية ولازمة لكون المكاوّل يقوم بالصنع لحساب رب العمل ، والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع ، فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح ، وكذلك المكاولة إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان عملها صنع شئ من مواد يقدمها المكاوّل^(١).

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا رأى هو الجدير بالاتباع. ويتفق مع مسلك التقنين المدنى، فقد عرف المكاولة فى المادة ٦٤٦ بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شئاً أو يودى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ، وفى هذا التعريف واجه المشرع صراحة حالة المكاوّل الذى لا يقتصر على مجرد القيام بعمل محض ، بل يتعهد بعمل هو صنع أو إيجاد شئ لم يكن له وجود من قبل ، وعند الكلام عن التزامات المكاوّل ، واجهت المادة ٦٤٧ صورتى التعهد بالصنع ، فقررت أنه يجوز أن يقتصر المكاوّل على السّتعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله - وهذه هى الصورة الأولى - كما يجوز أن يتعهد المكاوّل بتقديم العمل والمادة معا - وهذه هى الصورة الثانية وهى صورة عقد الاستصناع - والتقنين الحالى لا يختلف فى هذا المسلك عن التقنين الملقى (المادة ٤١٥) ، ويلاحظ فى هذا الشأن أن المشرع المصرى فى هذين التقنينين لم يورد نصاً مقابلاً لنص المادة ١٧١١

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٢ - فتحيه قره ص ٢٨ .

من القانون المدنى الفرنسى الذى يقرر أن المقاولة تعتبر إيجارا إذا كان رب العمل هو الذى يقدم المواد ، وهو النص الذى استخلص منه البعض بطريق مفهوم المخالفة أن العقد يكون بيعا إذا كان الما قول هو الذى يقدم المواد اللازمة للعمل .

وفضلا عما تقدم فقد نظم المشرع مسئولية الما قول عن مادة العمل إذا كان هو الذى قدمها ، فقرر أنه يكون مسئولاً عن جودتها وعليه ضمانها الرب العمل (م ٦٤٨)، ولو كان العقد بيعا لاكتفى المشرع بأحكام الضمان الواردة فى باب البيع ، كذلك أجاز المشرع لرب العمل أن يستحل من العقد ويوقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه، دون تفرقة بين حالة ما إذا كان الما قول هو الذى قدم المواد أو كان رب العمل هو الذى قدمها (م ٦٦٣) ، ورخصة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة من الخصائص التى تتميز بها أحكام المقاولة والتى لا يجوز استعمالها فى البيع .

والخلاصة إذن أن عقد الاستصناع أو العقد الذى لا يقتصر الما قول فيه على تقديم عمله ، بل يقدم أيضا المواد اللازمة لصنع الشئ المتعهد به ، يعتبر عقد مقاولة أى عقدا من العقود الواردة على العمل، ولكنه أيضا عقد منشئ للملكية ، إذ يترتب على تنفيذه أن يصبح رب العمل مالكا للشئ المصنوع لحسابه^(١).

الرأى الخامس :

عقد الاستصناع يكون مقاولة أو بيعا بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل . فإذا كانت قيمة المادة تفوق كثيرا قيمة العمل ، كما إذا تعهد

(١) محمد لييب شنب ص ٢٢ وما بعدها - فتحيه قره ص ٢٨ وما بعدها .

شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة فالعقد بيع ، أما إذا كانت قيمة العمل تفوق كثيرا قيمة المادة كالرسم الذى يورد القماش الذى يرسم عليه والألوان التى يرسم بها ، وهى أقل بكثير من قيمة عمل الرسام فالعقد يكون عقد مقالة^(١).

ويستطرد بعض أنصار هذا رأى بأنه يكفى أن يكون للمادة قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل ، حتى لو كانت أقل قيمة منه ، وذلك كالخشب الذى يورده النجار لصنع الأثاث والقماش الذى يورده الخائك لصنع الثوب ، ليصبح العقد فى هذه الحالة مزيجا من بيع ومقالة، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها ، وتقع المقالة على العمل وتنطبق أحكامها عليه^(٢).

وقد توسعت المحكمة الإدارية العليا فى حكم حديثها فى هذا الرأى، فذهبت إلى أنه إذا قدم الما قول مادة العمل كلها أو بعضها كان العقد مزيجا من البيع والمقالة فيقع البيع على المادة وتقع المقالة على عنصر العمل، ومفاد ذلك أنها لم تشترط أن يكون للمادة قيمة محسوسة .

(١) السنهورى ص ٣٤ وما بعدها- الدكتور أنور سلطان شرح البيع والمقايضة الطبعة الثانية ١٩٥٢ ص ٣٠ وما بعدها - الدكتور منصور مصطفى منصور مذكرات فى القانون المدنى البيع والمقايضة والإيجار ١٩٥٦-١٩٥٧ ص ٢٤ - الدكتور عبد المنعم البدر اوى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ١٠٢ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٣٥ .

فقد قضت دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات بالمحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٤ في الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٥ ق بأن:

" ومن حيث إن عقد المقاولة وفقا لأحكام القانون المدنى من العقود المسماة التى ترد على العمل، ويلتزم فيه المقاول بأداء عمل أو شغل معين لحساب الغير، فإذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها كان العقد مزيجاً من البيع والمقاولة فيقع البيع على المادة وتقع المقاولة على عنصر العمل " . وهذا الرأى فى شقه الأول يستند إلى القاعدة التى تقضى بأن الفرع يتبع الأصل . فإذا كان العمل هو الأصل تبعته المادة وكان العقد مقاولة، وإذا كانت المادة هى الأصل تبعها العمل وكان العقد بيعاً .

ويذهب البعض إلى أن الأساس الذى يركز عليه هذا الرأى غير محدد، إذ ليس من السهل أن نحدد العنصر الأساسى فى العقد هل هو العمل أم المواد المستخدمة فى صنع الشئ ، وإذا لا مفر من التحكم مع ما يودى إليه ذلك إلى نتائج غير منطقية، وللدلالة على ذلك يسوق الفروض الآتية :

١- إذا عهد شخص إلى حائك بخياطة ثوب له من القماش يقدمه الحائك ، فإن أنصار هذا الرأى يرون فى العقد بيعاً لشئ مستقبل ، على أساس أن قيمة القماش أكبر من قيمة العمل . ولكن هل حقاً قيمة القماش أكبر من قيمة العمل ؟ إذا كان تحديد القيمة يتم على أساس ثمن القماش الفعلى والأجر الذى تقاضاه الخياط فعلاً ، فلا شك أن المسألة

تختلف باختلاف أنواع الأقمشة وباختلاف الخياطين، فهل تتغير طبيعة العقد فيكون بيعا إذا كان القماش من صنف مرتفع الثمن وكان الحائك يتقاضى أجرا أقل من هذا الثمن ، ويكون العقد مقاوله إذا كان القماش رخيصا وتقاضى الحائك أجرا أكثر من ثمن القماش ؟

٢- إذا عهد إلى مثال بعمل تمثال ، فالذى يقال عادة إن هذا العقد مقاوله على أساس أن قيمة العمل الفني الذى يأتيه المثال أكبر من قيمة المواد المستخدمة فيه ، وهى الحجاره أو الشمع ، أو البرونز مثلا ، ولكن ما الحكم إذا كان التمثال سيصنع من ذهب خالص تفوق قيمته بكثير الأجر الذى يتقاضاه المثال عن عمله ؟

٣- ما الحكم إذا كانت قيمة المواد تساوى قيمة العمل ؟ هل يعتبر العقد مركبا من المقاوله والبيع ؟ أم تغلب أحد العقدين على الآخر ؟ إن الكثيرين من أنصار هذا رأى يرون أن العقد فى هذه الحالة يكون بيعا لشيء مستقبل ، على أساس أن هذا هو الأصل ، وأنه لا يعدل عن هذه الوصف إلى وصف المقاوله إلا إذا ثبت أن قيمة العمل أكبر من قيمة المواد المستخدمة فى صنع الشيء . ووضح ما فى هذا القول من تحكم .

٤- إذا كان العمل المطلوب هو إقامة بناء بمواد يقدمها المقاول على أرض مملوكة لرب العمل ، فإن العقد يكون مقاوله فى نظر أصحاب هذا رأى على أساس أن الفرع يتبع الأصل ، ولما كانت الأرض هى الأصل ، فإن المواد التى يقدمها المقاول تعتبر ذات أهمية ثانوية إذا ما قورنت بالأرض،

ولذلك يكون العقد مقاوله لا يباع ، وهذا التطبيق يدل بوضوح على تحديد المقصود من المواد الأولية المستخدمة في الصنع ، إن المادة الأولية هي عبارة عن مادة تستخدم في صنع شيء بتحويلها أو تعديلها بحيث تفقد شكلها وتكوينها الأصلي وتختلط بغيرها من المواد وتكون شيئا جديدا هو البناء ، فهل تتغير الأرض ويتبدل شكلها وتختلط بالبناء المقام عليها ، بحيث يمكن اعتبارها من المواد الأولية المستخدمة في الصنع والاعتداد بقيمتها لتحديد وصف العقد ؟ وهل قيمة الأرض دائما أكبر من قيمة المواد المستخدمة في البناء ؟ هذه عمارة مكونة من ثلاثين طابقا ومقامة على أرض مساحتها خمسمائة متر هل قيمة هذه الأرض أكبر من قيمة المواد والعمل اللذين بذلا في إقامة هذه العمارة ؟

إن وصف العقد يجب أن يرتبط بعناصر ثابتة لا تتغير ، عناصر واضحة ومحددة ، ولا يجوز أن يتوقف على قيمة المواد المستخدمة في العمل ، وبالتالي أن يختلف باختلاف هذه القيمة إذا ما قورنت بقيمة العمل ذاته ^(١).

والرأى الأخير هو الراجح فقها وقضاء ^(٢).

٤- أهمية التفرقة بين المقاوله والبيع :

تبدو أهمية التفرقة بين المقاوله والبيع من عدة نواح تتمثل فيما يأتي :

١- في البيع لابد من الاتفاق على الثمن ، فإذا لم يعين الثمن في العقد ولم يتضمن العقد الأسس التي تسمح بتعيينه في المستقبل، فإن البيع لا ينعقد

(١) محمد ليبب شنب ص ١٩ وما بعدها - فتحيه قره ص ٢٤ وما بعدها -

محمد عيد الرحيم عنبر ص ٤٢ وما بعدها .

(٢) عبد النعم البدراوى ص ١٠٣ - منصور مصطفى منصور ص ٢٤ .

أو يقع باطلا، وذلك بعكس الحال في المقاولة فلا يشترط لا تحديد الأجر ولا حتى بيان العناصر التي تسمح بتحديدته فيما بعد . وفي هذه الحالة يجب الرجوع في تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول (٦٠٩م مدني) .

٢- عقد البيع ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة أحد الطرفين المنفردة، أما عقد المقاولة فيجوز فيه لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه على أن يعرض المقاول (٦٦٣ مدني) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى قام الحكم بتحديد نطاق الالتزام في عقد المقاولة، ورفض دعوى الطاعن (المهندس المعماري) فيما يجاوز هذا النطاق الذي استوفى عنه أجره كما استوفى زيادة عليه أجر تصميم وتنفيذ عمل آخر دون أن يقوم ببحث دفاع الطاعن بشأن تحلل المطعون ضدها (رب العمل) من تنفيذ ما يجاوز حد الإلزام فإنه لا يكون قد خالف نص المادة ٦٦٣ مدني أو شابه قصور في التسبيب " .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦)

٣- في البيع تسرى الفوائد عن الثمن من يوم إحتذار المشتري بدفعه أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى (م ١/٤٥٨ مدني). أما في المقاولة فلا يستحق المقاول فوائد على الأجر المستحق له إلا من اليوم المطالبة القضائية طبقا للقواعد العامة .

٤- للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولاً، أما في المقاولة فلا امتياز للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها (م ١١٤٨ مدني) ^(١).

٥- المقاولة الإيجار :

عقد المقاولة يرد على العمل ، أما الإيجار فيرد على المنفعة فقد نصت المادة ٥٥٨ مدني على أن الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم " .

غير أن المقاولة قد تلتبس بالإيجار في عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة من ماء ونور وغاز ونقل وما إلى ذلك . فيمكن القول أن العقد مقاولة لأنه يرد على ما تقوم به الشركة من عمل في توصيل المياه أو الكهرباء أو الغاز إلى المستهلك وقد يقال إنه عقد إيجار لمعدات الشركة التي تقوم بذلك .

ويذهب فقهاء القانون المدني إلى أن العقد مقاولة لا إيجار . أما فقهاء القانون الإداري فيذهبون إلى أن مركز المستهلك من ملتزم المرفق العام ليست له صفة تعاقدية بل هو مركز قانوني منظم ، وصفه العقد الإداري الذي أبرم بين السلطة الإدارية والملتزم كما تخضع اللائحة الإدارية للتشريع، وكما يخضع التشريع للدستور . وليس ذلك وقت إبرام العقد بين العميل والملتزم فحسب ، بل يخضع عقد العميل أيضاً لجميع ما يلحق ذلك العقد التنظيمي الإداري من تعديلات تدخلها السلطة مستقبلاً بما لها من سلطان في تنظيم المرافق العامة ^(٢) .

(١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٣٧ .

(٢) السنهوري ص ١٠ وما بعدها - محمد عبد الرحيم عنبر ص ١٩ وما بعدها .

ولما كان العقد بين العميل والمترم يخضع للنظام المقرر في عقد الالتزام فإنه يخضع تبعاً لذلك لمبادئ عامة يقوم عليها عقد الالتزام نفسه. وهذه المبادئ فرضتها نصوص التقنين المدني، وأوجبت العمل بها. سواء تضمنها عقد الالتزام أو لم يتضمنها، بل حتى لو نص عقد الالتزام على خلافها. فهي مبادئ تعتبر من النظام العام. وتفرض نفسها على كل من عقد المترم وعقد العميل.

ولكن الراجح فقها وقضاء أنه عقد مدني، ويخضع لاختصاص المحاكم المدنية، إلا أن هذا العقد - مع ذلك - وثيق الصلة بعقد الالتزام الإداري^(١).

٦- المقابلة والعمل :

تنص المادة ٦٧٤ مدني على أن عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

ومن ثم فإن عقد المقابلة يتحد مع عقد العمل في أن الأداء الرئيسي لكل منهما هو القيام بعمل. غير أنهما يختلفان في وجود علاقة تبعية بين رب العامل والعامل في عقد العمل، فعلاقة التبعية هي التي تميز عقد العمل عن عقد المقابلة^(٢). فإذا كان العامل خاضعاً لرقابة رب العمل

(١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٠.

(٢) وهناك معايير أخرى للفرقة بين عقد المقابلة وبين عقد العمل ظهرت في الفقه إلا أن هذه المعايير أصبحت مرجوحه ونشير إليها استكمالاً للبحث.

فقد ذهب رأى إلى أن معيار التفرقة بين العقدين يكمن في اختلاف طبيعة المحل في كل منهما. فبينما يضع العامل كل قوته وجهده تحت تصرف صاحب -

- العمل، بنجد أن عمل المقاول ليس هو موضوع التزامه ، وإنما هو يلتزم بتحقيق نتيجة معينة كبناء منزل مثلاً . أو بمعنى آخر بينما يلتزم العامل ببذل عناية فإن المقاول يلتزم بتحقيق نتيجة .

وقد استمد بعض الفقهاء من هذا المعيار معياراً آخر هو طريقة تحديد الأجر فذهبوا إلى أنه في عقد العمل يتحدد أجر العامل على أساس زمنى كالיום أو الأسبوع أو الشهر أما في عقد المقاولة فإن أجر المقاول يتحدد وفقاً لأهمية النتيجة التى يحققها .

ولكن إذا كان هذان المعياران يصدقان في كثير من الصور ، فهما لا يصدقان في شأنها جميعاً ولا يعتران بالتالى حاسمين في التمييز بين العقدتين، فقد يلتزم العامل بتحقيق نتيجة معينة ويتحدد أجره على أساس هذه النتيجة لا على أساس زمنى كما في الأجر بالقطعة دون أن يودى هذا إلى اعتباره مقاولاً كما أن بعض من يعتبرون مقاولين قد لا يلتزمون بتحقيق نتيجة وإنما ببذل عناية دون أن يعتبروا بذلك عمالاً، كما في علاقة الأطباء بمرضاهم (الدكتور حسن كبره أصول قانون العمل الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٦٩ ص ١٣٣ وما بعدها - الدكتور عبد الودود يحيى شرح قانون العمل ص ١٢٧ وما بعدها).

وذهب رأى آخر إلى القول بأن معيار التفرقة بين العقدتين مستمد من شخص صاحب العمل ، فإذا كان العامل يودى العمل لمصلحة شخص معين ، كان العقد عقد عمل ، وأما إذا كان الإيجاب الصادر ممن يودى العمل موجهاً إلى الكافة فإن العقد يكون عقد مقالة ، وبناء على هذا المعيار يعتبر الطبيب مرتبطاً بعقود مقالة في علاقاته بعملائه من الجمهور ، بينما يعتبر مرتبطاً بعقد عمل إذا التزم بالخدمة في إحدى المستشفيات .

وسلطته وإشرافه فإن العقد يكون عقد عمل ، وأما إذا كان العامل لا يخضع لرقابة رب العمل ولا لسلطته وإشرافه وإنما يتمتع بقدر من الاستغلال في مباشرته لعمله فإن العقد في هذه الحالة يكون عقد مقاول .

ومعيار التبعية يستخلص من مقارنة تعريف عقد العمل الوارد في المادة ٦٧٤ من التقنين المدني . بتعريف عقد المقاول المذكور في المادة ٦٤٦ ، إذ يمثل عنصر التبعية في الأول مكاناً بارزاً ، بينما يختفى في الثاني اختفاء تاماً ، ولكن العقدان يتحدان فيماعداه، وفضلاً عن ذلك فقد كان المشروع

=ولكن هذا المعيار بدوره ليس دقيقاً كما أنه قاصر عن الإحاطة بكافة الصور، ومثال ذلك مقاول الأعمال الصحية أو التوصيلات الكهربائية الذي يتعاقد مع مقاول مبان ، على أن يقصر نشاطه على العمل لحساب هذا الأخير فترة معينة دون أن يكون خاضعاً لرقابته وإشرافه، على العكس قد يعرض الشخص خدماته على الكافة ومع ذلك يعتبر عاملاً لا مقاولاً ومثال ذلك من تقمن بأعمال النظافة وغسل الملابس في بعض المنازل (حسن كيرة ص ١٣٥ وما بعدها- عبد الودود يحيى ص ١٢٨ وما بعدها) .

ولذلك حاول بعض أنصار الرأي السابق تصحيحه بالاعتماد في تكييف العقد على مدى استمرار الروابط بين طرفيه ، بحيث يوجد عقد مقاول إذا كانت الرابطة بين الطرفين تنتهي بتقدم العمل، بينما يوجد عقد عمل إذا استمر من يؤدي العمل بعد الفراغ منه في خدمة نفس صاحب العمل .

وهذا المعيار معيب بدوره لأن الطبيعة القانونية للعقد لا ترتبهن بمدى استمرار الروابط بين أطرافه، فضلاً عن أن هذا المعيار يعود بنا إلى الرأي القائل بأن العامل يلتزم ببذل عناية والمقاول يلتزم بتحقيق نتيجة .

التمهيدى للتقنين المدق ينص في المادة ٩٣٣ على أن عقد العمل " يتميز عن عقد المقاولة بأنه يخول رب العمل حق توجيه ما يؤدي له من خدمات، أو على الأقل حق الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات"، وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى شرحاً لهذا النص " أنه يعرض لكيفية التمييز بين عقد العمل والمقاولة فيجعل معيار التفرقة مرتبطاً بمدى حق صاحب العمل في توجيه ما يؤدي من خدمات أو على الأقل في الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات " .

ولا يؤثر على وجود هذا المعيار حذف تلك المادة في لجنة المراجعة لأن الحذف يعزى إلى أن التمييز بين العقدین على النحو الوارد به أدخل في عمل الفقه منه في عمل المشرع أى أنه معيار فقهي وليس مبدأ تشريعياً^(١).

(١) إلا أنه يراعى أن صاحب العمل في عقد المقاولة ليس محروماً من إبداء رأيه وتوجيهاته في شأن العمل المتعاقد عليه، بل في حالات كثيرة يحدد المقاول تعليمات معينة بشأن ما يضطلع به من مهمة وذلك يجعل الحد الفاصل بين عقد العمل وعقد المقاولة من وجود التبعية القانونية في الأول وتخلفها في الثاني أمراً بالغ الدقة . ويحاول القضاء والفقه الفرنسي تخطي هذه الصعوبة عن طريق القول بأن رب العمل يكتفى في عقد المقاولة بالتوجيه العام للعمل وفيما يخص النتيجة التي يرد الحصول عليها، بينما يتدخل في عقد العمل بصفة مباشرة في أداء العمل ووسائله، أو القول بأن رب العمل يملك سلطة على شخص العامل في أداء العمل، بينما يكتفى في عقد المقاولة بإعطاء توجيهات محددة تتعلق بموضوع العمل المطلوب إتمامه دون اقتران ذلك بسلطة له على شخص المقاول. وقد تصدق مثل هذه المعايير في كثير من الحالات للدلالة على توافر أو تخلف -

وبالترتيب على ذلك إذا ثبت حق صاحب العمل في الإدارة والإشراف كان العقد عقد عمل ، ولايهم بعد ذلك ما إذا حدد الأجر بحسب الزمن أو القطعة أو الطريقة أو العمل المعين بالذات ، كما لا يهم ما إذا اقتصر الشخص على الستعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله أو التعهد بتقديم العمل والمادة معاً وما إذا كان الشخص قد استعان في تنفيذ العمل بعمال آخرين أو انفراد هو بالقيام بتأديته دون أن يتخذ مساعدين له ، وما إذا كان الشخص يعمل لدى صاحب عمل واحد أو جملة من أصحاب الأعمال.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " وحيث إن هذا النعى مردود بأن المادة ٦٧٤ من القانون المدق تنص على أن " عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " وأن المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ سنة ١٩٥٢ تنص على أن " تسرى أحكام هذا القانون على العقد الذى يتعهد بمقتضاه

=التبعية القانونية ، ولكنها بمفردها ليست حاسمة . لذلك يبدو من الواجب إلى جوارها استكناه ظروف الواقع المختلفة للوقوف خاصة على مدى ما يتمتع به من يودى العمل من حرية واستقلال في أداء العمل واتفاق ذلك أو تنافره مع مركز الخضوع والتبعية لصاحب العمل، وعلى مدى تحمل من يودى العمل أو عدم تحمله بالمخاطر، وعلى مدى تمتع أو عدم تمتع صاحب العمل بضرورة توقيع جزاءات على العامل يستمدتها من وصفه صاحباً للعمل (حسن كيده ص ١٣٦ وما بعدها هامش ٥) .

عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه وفي مقابل أجر" ومودى هاتين المادتين أن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما تبعية العامل لسرب العمل وتقاضيه أجراً على عمله ، ولما كان القرار المطعون فيه قد أقام قضاءه على تحقق هذين الأمرين في خصوص الرابطة التي تربط الطاعنين بالصناع المنضمين للنقابة التي يمثلها المطعون عليه بما أورده في أسبابه من أنه " ثبت أن صاحب المصنع هو الذى يحدد ساعة فتح المصنع وساعة إقفاله وهو الذى يشرف إما بنفسه أو بواسطة رئيس عماله إشرافاً مهنيّاً كاملاً على جميع عمال المصنع ويراقب حسن أدائهم لعملهم وهو الذى يحدد عدد الطريحة التى يسلمها لكل طاقم حسب حالة السوق ويحدد له نوع ومقاسات هذه الطريحة ويقدم لهم القوالب اللازمة للأخذية المطلوب إنجازها وهو الذى يحافظ على النظام فى مصنعه فإذا ما خالف أحد العمال أمره جازاه أو فصله مباشرة إذا كان المخالف رئيساً للطاقم أو بطريقة غير مباشرة إذا كان المخالف أحد المساعدين- وأن التحقيق أثبت أن أجر العامل ارتفع تبعاً ابتداء من سنة ١٩٣٩ وما بعدها وأنه سائر فى ذلك قوانين إعانة غلاء المعيشة - وأنه تبين من أقوال طرفى النزاع أن العلاقة التى تربطهما هى علاقة العامل بصاحب العمل فهذا الأخير هو الذى يقوم بالتأمين على عماله وهو يصرف لهم قروضاً عند حاجتهم لها ويعطيهم إجازات سنوية مدفوعة كما أن كثيراً من أصحاب المصانع جروا على صرف مكافآت نهاية الخدمة للعمال المفصولين، كما أن الأجر ازداد تبعاً تمشياً مع قوانين إعانة غلاء المعيشة- وهذا كله يدل

على أن الطرفين كانا متفقين على صفة رافعي النزاع وأنهم عمال
لامقاولين"، لما كان ذلك فإن القرار المطعون فيه لا يكون قد خالف
القانون أو أخطأ في تطبيقه وتأويله - أما ما أورده الحكم لتدعيم وجهة
نظره بما تحدث فيه عن المعيار الاقتصادي لتعرف حقيقة التكييف القانوني
للعقد الذي يربط طرفي النزاع فإنه يزيد يستقيم الحكم بدونه - كما أن
ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه من قصور مردود بأن القرار
أورد في أسبابه وجهة نظر الطاعنين فذكر : " أن ما يدل به أصحاب
المصانع من حجج تخلص في أنه لما يضاف على رافعي النزاع صفة المقاول
أن صانع الأحذية يستخدم من باطنه عمالاً آخرين هم مساعدوه يأخذون
أجورهم منه وعلاقتهم به علاقة مباشرة ولا يتدخل رب العمل في ذلك
مطلقاً مردود بأنه ما من مانع يمنع العامل الذي يعمل بمصنع ما هو مكلف
بأداء عمل معين فيه أن يستعين بمساعدين يختارهم هو وذلك لحسن
التفاهم الواجب توافره بينه وبينهم وهذا لا يضر صاحب العمل فالجميع
يعملون داخل مصنعه وتحت إشرافه كما أن الأجر الذي يدفعه هو أجر
الوحدة الذي يوزع على العامل ومساعديه - وفي أن هؤلاء الصناع
يعملون على بنوك وكراسي يملكونها ويألاتهم الخاصة ويشتركون في
مصاريف صنع الحذاء إذ يتحملون ثمن المسامير والفراء وهذا مردود عليه
بأن العامل يقدم البنك والكراسي تمشياً مع عرف صناعة معينة وهذا لا
يضاف عليه صفة المقاول ، كما أن عمله بآلاته الخاصة لا يدل على شيء
فكثير من العمال في الصناعات المختلفة يعملون بآلاتهم الخاصة التي

اعتادوا الشغل بواسطتها خصوصاً عندما تكون تلك الآلات صغيرة الحجم قليلة القيمة كما هو الحال في صناعة الأحذية - أما أن العامل يشترك في مصاريف صنع الحذاء يتحمله ثمن المسمار والغراء والدويارة فإن هذا زعم غير صحيح لأن الأجر الذى يدفعه صاحب المصنع للعمال يدخل فيه مصاريف هذه التكلفة حتى لقد ذكر أحد أصحاب المصانع فى التحقيق أن أجر صنع الحذاء يزيد تبعاً لزيادة هذه المصاريف ولزيادة الغلاء بالنسبة للعامل وهذا يفهم منه أن صاحب العمل هو الذى يتحمل هذه المصاريف فى الحقيقة وأنه لجأ لهذه الطريقة توجيهاً للاقتصاد ولكى لا يسرف العامل فى استهلاك تلك المواد " وهذا الذى أورده القرار لا يتوره قصور - هذا فضلاً عن أنه لا على الهيئة إذ هى أغفلت الرد على جميع ما يثيره الخصوم من أوجه الدفاع مادام أنها أقامت قضاءها على توفر الأمرين اللذين تحقق بهما رابطة عقد العمل بين الطاعنين والعمال المنضمين للنقابة التى يمثلها المطعون عليه وفى ذلك ما يكفى لحمل القرار المطعون فيه " .

(طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٤/٤)

٣- "المناط فى تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة وغيره من العقود هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ من التقنين المدق بقولها: "عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" كما نصت كذلك المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة

١٩٥٢ بأن " عقد العمل هو الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه فى مقابل أجر " وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية ... إلخ .

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٣/٢/١٩٦٣)

٤- " تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة أو غيره من العقود هو بتوافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ من التقنين المدنى بقولها إن عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة العاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " ، وما نصت عليه كذلك المادة ٤٢ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ بأنه "العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل أن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل وإشرافه مقابل أجر " .

(طعن رقم ٧٧٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٠/٦/١٩٨٢)

ويكفى لتمييز عقد العمل عن عقد المقاولة أن تتوافر فى عقد العمل التبعية التنظيمية أو الإدارية حتى ولو لم تتوافر التبعية الفنية. والمقصود بالتبعية التنظيمية هى خضوع العامل لصاحب العمل فى شأن الظروف الخارجية التى يتم فى ظلها تنفيذ العمل كتحديد أوقاته ومكانه ، وتقسيم العمل على العمال إذا تعددوا والتفتيش عليهم للتأكد من مراعاتهم للتعليمات الصادرة إليهم وتوقيع الجزاء على المخالف منهم .

أما التبعية الفنية- والتي لا يلزم توافرها- فيقصد بها خضوع العامل لتوجيه وإشراف كامل أو شبه كامل من قبل صاحب العمل في جوهر العمل بدقائقه وجزئياته .

فيفترض في صاحب العمل - في هذه الصورة- أن يكون عالماً بفن حرفته أو على الأقل ملماً به إلماً يجعل في قدرته توجيه العامل وإدارته^(١).
وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يكفي في علاقة العمل توافر التبعية المهنية وهي أن يخضع العامل لإشراف وتوجيه صاحب العمل وتعليماته، وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استظهر معالم هذه التبعية ومقوماتها من الاتفاق المبرر بين الطاعنة- شركة سكك حديد مصر الكهربائية ووحدات عين شمس- والمطعون عليه وقد تضمن الاستعانة به في " دراسة المسائل القانونية والقضائية وبصفة خاصة ما يتعلق منها بأعمال التنازلات وتقوم ممتلكات الشركة وما قد ينشأ من المسائل الضريبية " وأن أعماله لديها تشمل الإجراءات اللازمة لدى الإدارات والمصالح العامة ومجلس الدولة لتسوية المنازعات حسب تعليمات الشركة " وتوكيله " في تمثيل الشركة أمام المحاكم " مقابل أتعاب تغطي جميع الاستشارات التي تطلبها منه وكذلك الإجراءات التي تتخذ أمام الإدارات والمصالح والدفاع عن الشركة أمام

(٢) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في قانون العمل الجديد- المجلد

المحاكم، ورتب على ذلك أن العلاقة بينهما هي علاقة عمل لا علاقة وكالة وغلب الأولى على الثانية مستندا في ذلك إلى أنه " هذا وفي واقعة هذه الدعوى لا يعطى المتعاقدان الأعمال القانونية سوى أهمية ثانوية بالقياس إلى الدراسات والاتصالات المتعددة الواردة بالفقرتين الأولىين بدليل ما نص عليه في الاتفاق في صدد تمثيل الشركة أمام القضاء من أن ذلك يكون بالنسبة للقضايا التي تعهد الشركة بها للمستأنف عليه سواء بمفرده أو بالتعاون مع محامى الشركة مما يستشف منه أن للشركة محاميهها الذين يقومون بالدفاع عنها أمام القضاء وأن توكيلها للمستأنف عليه قاصر على بعض القضايا التي ترى تكليفه فيها في الدفاع " . فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه أو شابه قصور يعيبه إذ هي تقارير سائغة تكفى للحمله - ولما تقدم يتعين رفض الطعن " .

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٢٩)

٢- " تبعية العامل لرب العمل هي عنصر جوهري في عقد العمل، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى انتفاء هذه التبعية استناداً إلى ما قرره من أن الثابت من أقوال الشهود الذين سمعوا في الدعوى ومن المستندات المقدمة فيها أن علاقة الطاعن بالشركة المطعون ضدها كانت علاقة وكالة بالعمولة وليست علاقة عمل دون أن يحصل الحكم في أسبابه أقوال هؤلاء الشهود أو يبين هذه المستندات ومضمونها وكيف استقى منها هذه الحقيقة التي قام عليها فإن ذلك يعد قصورا مبطلا للحكم إذ لا يمكن معه

تعيين الدليل الذى أقامت عليه المحكمة اقتناعها والتحقق من أنه يفضى إلى النتيجة التى انتهت إليها " .

(طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٢ يناير ١٩٧٤)

٣- "مناط تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة وغيره من العقود- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ من التقنين المدنى وكلنا المادة ٢٤ من القانون ٩١ لسنة ١٩٥٩، وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية الخ " .

(طعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٥/٤/١٩٧٦)

٤- " المناط فى تكييف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ من التقنين المدنى بقولها " عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر تحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر "، وما تقضى به المادة ٤٢ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ من سريان أحكام قانون عقد العمل الفردى على العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل أو إشرافه مقابل أجر، وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية " .

(طعن رقم ١٥٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٢/٨)

٥- " تكييف عقد العمل وتمييزه عن غير من العقود . مناطه . توافر عنصر التبعية . المادتان ٦٧٤ مدني ، ٢٩ ق ١٣٧ لسنة ١٩٨١ . ظهور التبعية في صورتها التنظيمية أو الإدارية . كاف لتحقيقها " .

(طعن رقم ٤٣٧٣ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٦/١٣)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٧٤/١١/٩ في الطعن رقم ٦٥٠ لسنة ١٦ ق بأن :

" يقصد بالتبعية ، التبعية القانونية أى التبعية التى فرضها القانون والتى تتمثل فى قيام العامل بتأدية العمل لحساب رب العمل وتحت إدارته وإشرافه، ويكون لرب العمل توجيه العامل فيما يؤديه إليه من أعمال وفى طريقة أدائه فيصدر إليه التوجيهات ويلزم العامل بتنفيذها وإلا اعتبر مقصراً فى عمله وغنى عن البيان أن سلطة رب العمل فى توجيهه تضيق كلما كان العمل المسند إلى العامل من الأعمال الفنية التى يخضع فى ممارستها لأصول المهنة وقواعدها وآدابها، وفى مثل هذه الحالات تكون توجيهات رب العمل وإشرافه قاصرة على النواحي الإدارية أو التنظيمية فقط " .

٧- **المقاولة والوكالة :**

(راجع المجلد الأول بند (٢١٦) .

وقد خالصنا في المجلد الأول إلى أن الوكالة والمقاول يتفقان في أن كلا منهما عقد يرد على العمل . وأن هذا العمل يؤديه كل من المقاول والوكيل لمصلحة الغير ، ولكنها يختلفان في أن العمل في عقد الوكالة هو تصرف قانوني في حين أنه في عقد المقاوله عمل مادي .

والوكيل وهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله يكون نائباً عنه ويمثله في التصرف الذي يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل . أما المقاول وهو يؤدي العمل المادي لمصلحة رب العمل لا يتوب عنه وإنما يعمل استقلالاً .

وقد تلتبس المقاوله بالوكالة وبخاصة في العقود التي ترم مع أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمهندس والمحامي والمحاسب . وقد جرى القضاء الفرنسي منذ عهد بعيد على اعتبار هذه العقود عقود وكالة ، لا عقود مقاوله أو عمل ، ذلك أن المقاوله والعمل يوصفان في القانون الفرنسي بأنهما عقداً إيجار للعمل ، فأراد القضاء الفرنسي أن يرتفع بأصحاب هذه المهن الحرة عن أن يكونوا أجراء لأصحاب العمل ، وأثر أن يجعلهم وكلاء عنهم فيكون العقد الذي يربط صاحب المهنة الحرة برب العمل عقد وكالة لا عقد عمل أو مقاوله . ولكن هذه النظرة خاطئة ، فالأعمال التي يقوم بها أصحاب هذه المهن الحرة هي أعمال مادية في مجموعها لاتصرفات قانونية ، وإن كانت ناحية الفكر فيها متغلبة . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون أعمالاً مادية لاتصرفات قانونية ، ويكون العقد الذي يربطهم بالغير عقد مقاوله أو عقد عمل . وإن كان يدخل في عمل صاحب

المهنة الحرة بعض التصرفات القانونية فإن هذه التصرفات الأخيرة هي التي تخضع وحدها لأحكام الوكالة ونعرض فيما يلي لبعض التطبيقات.

(أ) - عقد العلاج الطبي :

ينعقد بين الطبيب والمريض الذي يلجأ إليه طالبا العلاج عقد ، جرى الاصطلاح حديثا على تسميته بالعقد الطبي *contrat médical*، وعلى تعريفه بأنه اتفاق يقصد به أن يقوم طبيب بالعناية بصحة شخص وعلاجه في مقابل أجر (أو أتعاب) ^(١).

فالعقد مع الطبيب هو عقد مقاوله تأسيسا على كونه اتفاق بين المريض والطبيب على قيام الأخير بعلاج الأول مقابل أجر متفق عليه ، ولامراء أن العلاج عمل مادي ولا ينفي ماديته أن يكون عملا عقليا، وهكذا تتوافر في عناصر اتفاق الطبيب مع المريض مقومات عقد المقاوله ^(٢).
غير أن العقد مع الطبيب قد يكون عقد عمل إذا كان الطبيب خاضعا لإشراف عميله من الناحية الإدارية وإن كان مستقلا من الناحية الفنية، كما إذا كان الطبيب يعمل في مؤسسة أو في مستشفى، فالاستقلال الفني لا يمنع الخضوع الإداري أو التنظيمي .

(١) محمد ليبب شنب ص ٣٧ .

(٢) السنهوري ص ٢٤ - محمد ليبب شنب ص ٤٠ وما بعدها - قدرى الشهاوى ص ٣٢ - غير أن رأيا ذهب إلى أن العقد الطبي عقد وكالة ، تأسيسا على أن عمل الطبيب تغلب عليه الصفة العقلية أو الذهنية ، فلا يمكن اعتباره محلا لعقد عمل (إجارة أشخاص) (مشار إليه في مؤلف محمد ليبب شنب ص ٣٩).

ومع ذلك يختلف العقد مع الطبيب عن عقد المقاوله في بعض الأمور، ويرجع ذلك إلى أنه عقد يقوم على الاعتبار الشخصي وأساسه الثقة التي يشعر بها المريض نحو الطبيب الذي يتعاقد ، لأنه يلجأ إليه بقصد العلاج وهو أمر يحس شخص المريض نفسه .

ويترب علي ذلك عدة نتائج هي :

١ - أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية، هي شفاء المريض ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظه تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب . فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لايقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول^(١).

أما في المقاوله، فيلتزم المقاول في الغالب من عقود المقاوله بتحقيق غاية لا بذل عناية ، كتشيد البناء ووضع التصميم وعمل المقايسة ونحو ذلك.

٢ - التعاقد مع الطبيب تكون فيه شخصيته محل اعتبار ، ومن ثم فإنه بوفاء الطبيب ينتهى العقد، أما عقد المقاوله فلا ينقضى بوفاء المقاول إلا إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد ، وعلى هذا نصت المادة ٦٦٦ مدني بقولها : " ينقضى عقد المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها

(٢) الدكتور سليمان مرقس المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية القسم الأول ١٩٧١ ص ٣٨٢ - الدكتور محمد حسين منصور المسئولية الطبية دار الجامعة الجديدة للنشر ص ١٤٩ .

المادة ٦٦٣ إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاتل الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل " .

٣- العقد مع الطبيب غير لازم لا من جهة المريض ولا من جهة الطبيب. فيستطيع المريض أن يرجع فيه ولا يرغم على أن يبقى تحت علاج طبيب لا يريده أو أصبح لا يثق فيه . وكذلك يستطيع الطبيب أن يرجع في العقد إذا وجد مبررا لذلك وبشرط ألا يكون ذلك في ظرف غير لائق بالتفصيل الذي سيلي في هذا البند .

وهذه الخصائص التي تميز العقد مع الطبيب حملت بعض الفقهاء على أن تنكر على هذا العقد أنه عقد مقاول وتعتبره عقدا غير مسمى^(١). وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٣ يوليو سنة ١٩٣٧ .

٤- التزام الطبيب بعلة العلاج ، والعلاج ليس عملا قانونيا بل عملا ماديا والطبيب إذ يقوم بعمله لا يفعل ذلك باسم المريض بل باسمه الشخصي ، وإذن فلا نيابة في عمل الطبيب ، ويلتزم الطبيب بأن يعالج المريض بنفسه ، فلا يجوز له أن يعهد بالعلاج إلى طبيب آخر ، أما المقاتل فيستطيع أن ينفذ العمل بواسطة مقاول من الباطن .

غير أن الفقه يرى أن هذه الخصائص ليس من شأنها أن تستبعد وصف المقاتل من العقد الطبي .
وذلك لما يأتي :

(١) السنهوري ص ٢٤ وما بعدها .

١- أن الأصل في المقاولة أنها عقد لا يقوم على أساس الاعتبار الشخصى ولذلك كانت القاعدة أنها لا تنقضى ب وفاة أحد طرفيها، وأنه يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملة أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن (م ١/٦٦١).

ولكن هذا لا يعنى أن الاعتبار الشخصى يتعارض مع طبيعة المقاولة، بحيث أنه إذا قام عقد على أساس هذا الاعتبار فإنه لا يمكن أن يكون عقد مقاولة، والمشرع نفسه بعد أن قرر أنه لا يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل إلى مقاول من الباطن ، عاد فاستثنى من ذلك حالة ما إذا هناك شرط في العقد يمنع ذلك أو كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية (١/٦٦١م). كذلك قررت المادة ٦٦٦ أن ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد .

٢- أن عقد المقاولة كما يكون محله التزام بتحقيق غاية، فإنه يجوز أن يكون محله التزام ببذل عناية . إذا كان محل التزامه هو مجرد القيام بعمل لا يؤدي إلى صنع شيء. والمميز لعقد المقاولة هو العمل المستقل غير الخاضع والأجر ، بصرف النظر عن طبيعة العمل .

٣- أن كون العقد مع الطبيب غير لازم لامتنع العقد من أن يكون مقاولة. فالمريض في عقده مع الطبيب كرب العمل في المقاولة يستطيع أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه على أن يعرض الطبيب عن جميع ما أنفق من المصروفات وما قام به علاج . ويختلف عن رب العمل في المقاولة العادية بأنه لا يعرض الطبيب على ما كان يستطيع كسبه لو أنه أم العمل (١/٦٦٣م مدني) ، ذلك أن العقد مع الطبيب

يقوم على الثقة الشخصية. والطبيب كذلك في عقده مع المريض، كالمقاول في عقد المقاولة ، له أن يرجع في العقد^(١).

إذا وجد نفسه أمام مريض ملح في طلباته أو مأخوذ بهواه . إلا أن الطبيب مقيد في فسخ العقد بعدم هجر المريض في وقت غير لائق أثناء العلاج . وهذا الالتزام الذى تفرضه الواجبات المهنية يمنع الطبيب كما يظهر من أن يهجر المريض كلما كان هناك سبب - كعدم وجود طبيب آخر أو خطر وقف العلاج أو اعتقاد المريض أن الطبيب سوف يستمر في العناية به - يجعل في هجر المريض خطرا حقيقيا يهدد المريض بالضرر، ومن ثم فإن حق الطبيب مقيد إلى حد ما . وعلى ذلك فإنه إذا فسخ العقد مع المريض بالمخالفة لهذه القيود فإنه يكون مسئولاً عن تعويض الضرر الذى يصيب المريض من جراء ذلك^(٢).

(ب) - العقد المبرم بين المهندس المعماري وصاحب البناء :

المهندس المعماري هو الشخص الذى يضع الرسومات والمقاييسات اللازمة لإقامة بناء، ويشرف على تنفيذها .

ويذهب الرأى الغالب فى القضاء الفرنسى إلى اعتبار هذا العقد عقد وكالة ، واعتبار المهندس المعماري وكيلًا مأجورًا عن رب العمل . ويرتبون على ذلك عدة نتائج أهمها ارتباط رب العمل بالعقود التى يبرمها المهندس المعماري باسمه ، والتزامه بالحساب الذى يربطه مع مقاول البناء وحسب المحاكم فى مراجعة الأجر المتفق عليه بين المهندس المعماري ورب

(١) محمد لبيب شنب ص ٤٢ وما بعدها - قبرى الشهاوى ص ٣٣ .

(٢) الدكتور حسن الإبراشى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية فى التشريع المصرى

والقانون المقارن - دار النشر للجامعات المصرية . ص ٩١ .

العمل. وينتقد رأى فى الفقه هذا المسلك من جانب القضاء ، لأن مهمة المهندس المعمارى مهمة مادية محضة وهى وضع الرسومات والمقاييسات اللازمة للبناء ثم الإشراف على تنفيذ هذه الرسومات . وإذا كان المهندس المعمارى فى قيامه بهذه المهمة يعمل لحساب رب العمل ، فهو لا يمثل ولا ينوب عنه ، بل يعمل باسمه الخاص، ولما كان فى عمله مستقلا ، لا يخضع لإشراف أو رقابة من جانب رب العمل، فإن العقد الذى يربطه بصاحب البناء لا يمكن أن يكون إلا عقد مقالة^(١).

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى فقضت بأن :

١- " إن المشرع إذ جمع العقود المسماة فى الكتاب الثانى من القانون المدنى، ونظم أحكام عقد المقالة فى الفصل الأول من الباب الخاص بالعقود الواردة على العمل منفصلا عن عقد الإيجار وقد كان واردا فى القانون المدنى القديم فى باب الإيجار تحت عنوان " إيجار الأشخاص وأهل الصنائع " ، وعرف المشرع المقالة فى نص المادة ٦٤٦ بأنها "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " . وأورد بالمواد التالية التزامات المقاول وجعل قواعد المسؤولية عن تهدم البناء وسلامته شاملة المهندس المعمارى والمقاول على حد سواء لم يقصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولا إلا عن العيوب التى أتت منه، وبين طريقة تحديد أجر كل منهما بما فى ذلك أجر المهندس إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه ، فإن الاستفادة من ذلك وعلى ما جاء بالمذكورة الإيضاحية للقانون المدنى فى

(٢) عبد الرازق حسين ص ٨٦ وما بعدها .

هذا الخصوص- أن المشرع أراد تنظيم عقد المقاولة لتلائم قواعده التطور الذى وصلت إليه أعمال المقاولات فى صورها المختلفة وأنه إنما أورد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري ليعتبر عمله بوضع التصميم والمقايسة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها، وأن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لا يمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية فلا يتغير بذلك وصف العقد من المقاولة إلى الوكالة مما يوجب تطبيق أحكام المقاولة عليه " .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦)

٢- " لا على الحكم إذا أخطأ فى تكييف التعاقد محل الدعوى بشأن وضع تصميمات وعمل مقايسات والإشراف على تنفيذها ووصفه بأنه عقد غير مسمى مع أنه عقد مقاولة متى كان لا تأثير لهذا الخطأ على سلامة قضاؤه " .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦)

٣- " نظم المشرع عقد المقاولة بالمادة ٦٤٦ وما بعدها من القانون المدنى، وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري باعتبار عمله فى وضع التصميم والمقايسة وفى مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها ، وجعل قواعد المسؤولية عن تسهدم البناء وسلامته تشمل المهندس المعماري والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التى أتت منه . ومن ثم فإن ضمان المهندس المعماري أساسيه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ " .

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧)

غير أنه قد يعهد إلى المهندس المعماري بموجب اتفاق صريح أو ضمنى بالقيام ببعض الأعمال القانونية ، بجانب ما يقوم به من أعمال مادية مثل تحويله السلطة في إدخال تعديلات على التصميمات الأصلية أو إضافة أعمال جديدة ، أو محاسبة المقاول وإقرار الحساب ودفع ما يستحقه المقاول في ذمة رب العمل وتسلم العمل من المقاول على أجزاء أو جملة واحدة بعد إنجازه ، وليس من شأن تحويل المهندس المعماري سلطة القيام بهذه الأعمال تغيير طبيعة العقد من مقالة إلى وكالة ، وإنما يقتصر الأمر على تطبيق أحكام الوكالة على هذه الأعمال القانونية ، بينما تطبق أحكام المقالة على الأعمال المادية الأخرى . وإذا تعذر ذلك في بعض الحالات كما هو الحال بالنسبة للأجر والأنعاب ، وجب تغليب حكم المقالة ، وعلى ذلك إذا كان الأجر متفقاً عليه عند إبرام العقد ، فلا يجوز للقضاء مراجعته لا بالنقص ولا بالزيادة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين ، ولأن المشرع لم يخرج عن ذلك إلا بالنسبة للوكالة فقط (٧٠٩م/٢) .

وإذا لم يتفق المتعاقدان على الأجر ، فلا يفترض أن المهندس المعماري قد قبل أن يقوم بالعمل بجائنا كما هو الأصل في الوكيل (٧٠٩م) ، بل يحق له رغم عدم الاتفاق أن يطالب بأجر عن عمله .

وإذا تعدد أصحاب العمل فلا يكونون متضامنين في مواجهة المهندس المعماري في التزامهم بدفع الأجر ، لأن هذا الالتزام قابل للانقسام ، ولم يوجب القانون تضامنهم ، خلافاً لما هو مقرر بالنسبة للموكلين (٨١٢م)^(١) .

(١) محمد ليب شنب ص ٣٦ - محمد كامل مرسى ص ٤٧٧ - فتحيه قره ص ٤٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان الأصل أن مهمة مقاول التفريغ مقصورة على العمليات المادية الخاصة بتفريغ البضاعة من السفينة إلا أنه متى عهد إليه المرسل إليه باستلام البضاعة وسلمه سند الشحن فإنه تكون له في هذه الحال إلى جانب صفته كمقاول للتفريغ صفة " أمين الحمولة " وبذلك يصبح وكيلا عن المرسل إليه في الاستلام . وهذه الوكالة تفرض عليه واجب الثبوت من حالة البضاعة الخارجية وشكلها الظاهر والتيقن من مطابقتها للأوصاف الواردة في سند الشحن والقيام بكل ما يلزم لحفظ حقوق موكله المرسل إليه ، فيلتزم في حالة وجود تلف أو عجز بالرسالة باتخاذ التحفظات والإجراءات الكفيلة بإثباتهما بما في ذلك الالتجاء إلى القضاء لإثبات حالة البضاعة إذا اقتضى الأمر ذلك كما يلتزم بعمل الاحتجاج اللازم لرفع دعوى المسؤولية وعلى العموم فإنه يلتزم بكل ما يلتزم به الوكيل من رعاية حقوق موكله واتخاذ الإجراءات الكفيلة بتوفير أدلة الإثبات اللازمة للرجوع على الناقل فإذا قصر في ذلك كان مسؤولا قبل موكله عن كل ما يصيبه من ضرر نتيجة هذا التقصير " .

(طعان رقما ٧٦ ، ٨٠ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١/٥)

٨ أهمية التمييز بين المقاولة والوكالة :

لتمييز بين المقاولة والوكالة أهمية من الوجوه الآتية :

١- صفة المقاول يترتب عليها غالبا صفة التاجر، ولكن صفة الوكيل

لا يترتب عليها ذلك .

٢- الأصل في الوكالة أنها تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك (م ٩٠٧/١ مدني) بخلاف عقد المقاولة فهو من عقود المعاوضات . كما أنه إذا اتفق على أجر في الوكالة فإن هذا الأجر يكون خاضعا لتقدير القاضي (م ٩٠٧/٢ مدني). أما في المقاولة فإن الطرفين يلتزمان بالأجر المتفق عليه باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين .

٣- لا يعتبر المقاول خلافا للوكيل تابعا لرب العمل بالمعنى الوارد بالمادة ١٧٤ مدني ، فلا يترتب على الرابطة التي تربطه برب العمل أن يكون رب العمل مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه بعمله غير المشروع ^(١).

٤- إذا تعدد الموكلون كانوا جميعا متضامين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة (م ٧١٢ مدني) . أما إذا تعدد أرباب العمل ، فلا تضامن بينهم في مواجهة المقاول إلا إذا اتفق على ذلك .

٥- إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة ، كان للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م ٨٠٧/٣ مدني) . ويختلف هذا الرجوع في شروطه وفي مداه عن حق المقاول من الباطن في مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي (م ٦٦٢/١ مدني) ^(٢).

٦- يتحمل المقاول الخسائر الناجمة عن عمله ، ولا يلزم رب العمل بأي تعويض عن الحوادث التي تقع ^(٣).

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٧٧ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٣٢ هامش (١/و) .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٤٧٧ .

- ٧- إن المقاولة في الأصل عقد لازم ، أما الوكالة فهي في الأصل غير عقد لازم ويجوز عزل الوكيل أو تنحيته في أى وقت .
- ٨- لا تنتهى المقاولة بموت رب العمل أو بموت المفاوض إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار. وتنتهى الوكالة بموت الموكل أو موت الوكيل^(١).
- ٩- تختلف الأحكام الخاصة بالأهلية في عقد المقاولة عنها في عقد الوكالة كما سنرى .

٩- المقاولة والشركة :

تنص المادة ٥٠٥ مدنى على أن : " الشركة عقد بمقتضياه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة " .

وبين من هذا التعريف أن حصة الشريك في الشركة هي التزامه القيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة ، وقد يكون العمل مثلاً هو الحصول على ترخيص أو على " تصاريح " للاستيراد أو نحو ذلك . فيدخل الشريك بهذا العمل حصة له في الشركة على أن يتقاضى من أرباحها نسبة معينة . وهنا قد تلتبس المقاولة بالشركة ، فإذا كان الشريك الذى دخل بالعمل حصة له يساهم في أرباح الشركة وفي خسائرها ، فالعقد شركة . أما إذا اشترط من يقدم العمل أن يأخذ من الشركة أجراً مقابل "تصاريح الاستيراد" التى حصل لها عليها مبلغاً معيناً ، أو حتى نسبة في أرباح الشركة

(١) محمد عبد الرحيم عنتر ص ٢٨ .

دون أن يشارك في الخسارة، فالعقد في هذه الحالة لا يكون شركة بل يكون مقاوله ، التزم فيها المقاول بالحصول على تصاريح الاستيراد لمصلحة الشركة ، والتزمت الشريك أن تعطى المقاول أجرا على ذلك ^(١).

وعلى ذلك فإن ما يميز الشريك عن المقاول كون الشريك في الشركة تتوافر لديه نية الاشتراك في نشاط ينطوى على قدر من المخاطرة ، أما المقاول فليس لديه هذه النية ، إذ لا يريد أن يتحمل تبعه المخاطرة وهي الخسارة ، بل هو يقدم عملا معيناً ويتقاضى أجره على هذا العمل دون أن يساهم في الأرباح أو الخسائر .

ووجود نية تكوين الشركة - وكون العقد شركة أو انعدام هذه النية - وكون العقد مقاوله مسألة واقع يستقل بتقدير تقريرها قاضى الموضوع ^(٢).
وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " من المقرر في قضاء هذه المحكمة . أن تكييف العقود وإنزال حكم القانون عليها يخضع لرقابة محكمة النقض ، وأنه وإن كان لمحكمة الموضوع استخلاص نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه ، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الاستخلاص سائفا ولا يخالف الثابت بالأوراق ولا خروج فيه على المعنى الظاهر للعقد " .

(ب) - " عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدق المقاوله بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد

(١) السنهاورى ص ٣٩ .

(٢) السنهاورى ص ٣٩ وما بعدها - قبرى الشهاوى ص ٤٣ .

به المتعاقد الآخر. وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه، ومن سائر أوراق الطعن أن المطعون ضده تعاقد مع الشركة الطاعنة على القيام بأعمال النجارة الخاصة بالتوسع في مبنى إدارة الشركة بطنطا لقاء مبلغ .. وأن الطاعنة استصدرت ترخيصا باسمها لشراء الأخشاب اللازمة لأعمال الهنجارة المتعاقد عليها ، وسلمت المطعون ضده شيكا مسحوبا لصالح الشركة التجارية استلم بمقتضاه أخشابا قيمتها .. وقامت شركة الأخشاب ببيع باقى قيمة الشيك لحساب الشركة الطاعنة، فإن التكييف القانوني للتعاقد المبرم بين الطرفين أنه عقد مقاوله .

ولما كان الثابت أن المطعون ضده لم يقم بتنفيذ الأعمال التي التزم بها بموجب عقد المقاوله المشار إليه رغم استلامه الأخشاب اللازمة لتلك الأعمال ، وأن الطرفين اتفقا على فسخ العقد ، فإنه يترتب على هذا التفاوض إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها، وحق للشركة الطاعنة أن تسترد الأخشاب التي تسلمها المطعون ضده بسبب عقد المقاوله فإذاله ، لما كان ذلك . وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر الصحيح في القانون وكيف العلاقة بين الطرفين بأنها عقد قرض أقرضت الشركة الطاعنة بموجبه المطعون ضده ثمن الأخشاب التي نزلت له عن ملكيتها مقابل قيمة الشيك الذي حرره لصالحها بمبلغ ... رغم عدم وجود رصيد له، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جابه التوفيق في إسباغ التكييف القانوني الصحيح على العقد المبرم بين الطرفين ، وخالف المعنى الظاهر للعقد فيما استخلصه من نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه .

(طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٠)

١٠. المقابلة والوديعة :

راجع المجلد الثاني بند (٤ / د) .

١١. تنوع الأعمال التي تكون محلا للمقابلة :

رأينا أن المقابلة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا .

فالمقابل إذن يتعهد بصنع شيء أو بأداء عمل، ولما كان صنع الشيء هو أيضا عمل يؤديه الصانع . فالمقابل يتعهد دائما بتأدية عمل.

والعمل الذى يؤديه المقابل يختلف من مقابلة إلى أخرى اختلافا بينا. ويتنوع تنوعا كبيرا . ويمكن تقسيم الأعمال التي يؤديها المقابل من نواح مختلفة : من ناحية طبيعة العمل . ومن ناحية حجمه ومن ناحية نوعه^(١).

فمن ناحية طبيعة العمل ، قد يكون العمل غير متصل بشئ معين بل هو مجرد عمل ، كنقل الأشخاص والطبع والنشر والإعلان والعلاج والمرافعة والتدريس والمحاسبة ونحو ذلك.

وقد يكون العمل ماديا كنقل الأشخاص والطبع والنشر. أو فنيا كالرسم والنحت والنقش والتصوير والتمثيل ، أو علميا كالمرافعة والعلاج والمحاسبة ، أو أدبيا كالتأليف والمحاضرة والتدريس.

وقد يكون العمل متصلا بشئ معين . وهذا الشيء إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقابل بمادة من عنده أو من عند رب العمل . فالتجار يصنع الأثاث بخشب من عنده أو من عند رب العمل والحائك يخطط الثوب بقماش من عنده أو من عند العميل ، والبناء يقيم البناء بمواد من

(١) السنهوري ص ٤٠ وما بعدها .

عنده أو من عند رب العمل. وإما أن يكون الشيء موجودا وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم الما قول بعمل ، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلا أو يهدمه ، وكحائط يدهنه ، وكأثاث يجدهه ، وكسيارة يصلحها .

ومن ناحية حجم العمل ، تندرج المقاولات من صغيرة إلى كبيرة ومثل المقاولات الصغيرة في الأمثلة السابقة عمل النجار والحائك والسباك والحداد يضاف إليها أعمال المهن الحرة أيضا، التي تكون غالبا من المقاولات الصغيرة وتندرج مع ذلك في أهميتها . ومثال المقاولات الكبيرة تشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى والمشروعات الكبيرة كالجسور والسدود والخزانات والترع والمصارف والطائرات والسفن والأسلحة المدنية والدخائر، وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا في هذا المعنى فكانت المادة ٨٦٥ من هذا المشروع تجرى على أن : " ١ - يرد العقد إما على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة ، أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة .

٢ - ويقصد بالمقاولات الكبيرة مقاولات يكون محلها تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى أو ما شابه ذلك من مشروعات ضخمة تقوم على الأرض " ، وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه مجرد تعداد .

ومن ناحية نوع العمل ، هناك من المقاولات ما أصبح معروفا باسم خاص لانتشاره ، مثل مقاولات البناء وهى من الانتشار بحيث إذا أطلقت كلمة " الما قولة " انصرفت إليها . وقد وضعت القواعد العامة لعقد الما قولة منظورا فيها بوجه خاص إلى مقاولات البناء . وإن كانت تنطبق على سائر المقاولات بالتفصيل الذى سنراه . وهناك التزام المرافق العامة،

، عقود النشر وعقد الإعلان ، وعقود المهن الحرة ، وعقد النظارة . وهذه المقاولات ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها ^(١).

١٢. التنظيم التشريعي لعقد المقاولة فى التقنين المدنى الجديد :

كان التقنين المدنى القديم يطلق على عقد المقاولة (إجارة أرباب الصنائع) ، وينظمها هى وعقد العمل مع عقد الإيجار الذى أطلق عليه (إيجار الأشياء). أما التقنين المدنى الجديد فقد أطلق على " إجارة أرباب الصنائع " عقد المقاولة ، وينظمها فى الفصل الأول من الباب الثالث فى (العقود الواردة على العمل) بالكتاب الثانى من التقنين فى (العقود المسماة) . وذلك فى المواد (٦٤٦ - ٦٦٧) ثم أعقبها بـ (التزام المرافق العامة) حيث نظمته فى المواد (٦٦٨-٦٧٣) .

وقد أوضحت ذلك تفصيلا المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، وقد جاء بها :

"إن مجرد التغيير الذى تم فى عنوان هذا الفصل، وإبدال اسمه القديم " إيجار أهل الصنائع " باسم جديد هو " عقد المقاولة " لكاف فى الدلالة على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وتشعب نواحيه وتعدد أشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر. فقد كان القصد قديما من وضع أحكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد إليه بعمل ما، مع هذه الخاصية ، وهى أن مركز الصانع بالنسبة لمن يكلفه بالعمل يقرب كثيرا من مركز العامل بالنسبة للسيد أو لرب العمل، ولذلك سارت المؤلفات

القانونية قديما على دراسة هذا العقد ملحقا بمقد العمل، فترى مجموعة
 دالسوز (بستد نمرة ٥٩٨) تبدأ كلامها عن المقالة - في الجزء الذي
 خصصته له من باب عقد العمل - " بهذه العبارة يتميز عقد المقالة
 عن عقد العمل بأن السيد لا تكون له إدارة العمل، ولا تربطه بالصانع
 علاقة تبعية " ولهذا أيضا نجد التقنين المصري، أولى ومختلط، يتكلم عن
 عقد الاستصناع وعقد العمل في باب واحد " إيجار الأشخاص وأهل
 الصنائع " على أن هذه النظرية أصبحت لا تتماشى مع مقتضيات الحاجات
 الحاضرة، فقد تعددت أشكال المقالة وصورها في العمل، ووجب أن
 يكون التنظيم القانوني لهذا العقد من المرونة بحيث ينسجم مع الحالات
 المختلفة، نعم . لقد حاول التقنين الحالي ذلك في المواد ٤٠٧ - ٤١٠ /
 ٤٩٧-٥٠١ ولكن المحاولة لم تكن كافية، وكان من الواجب أن يعرض
 المشروع علاوة على الأحكام العامة، لبعض الصور الخاصة للمقالة، إذ
 كيف يمكن القول مثلا بأن العلاقة تربط الشخص برسام يعهد إليه بعمل
 لوحة إعلانية، هي بعينها التي تربطه بمقاول يكلفه بناء منبر.
 ويمتاز المشروع في تنظيمه لهذا العقد بأنه يراعى الاعتبارات السابقة،
 فهو بعد أن يعرف عقد المقالة ويذكر صورته المختلفة مبينا أنه قد يرد
 على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة أو على مقاولات تتعلق
 بالمرافق العامة، يعرض للقواعد العامة التي تنطبق على كل أنواع المقاولات،
 ثم يتكلم أخيرا، عن بعض القواعد الخاصة بأنواع معينة من المقاولات .

على أنه يجب أن يلاحظ مبتدئاً أن هذا التقسيم تقريبي لا محالة ، لأن الانتقال من المفاولة الصغيرة - وهي الصورة التقليدية لعقد الاستصناع - إلى المفاولة الكبيرة إنما يتم بالتدرج .

كذلك يلاحظ العالم يمكن أن يوضع إلى جانب الأسس العامة تنظيم خاص لكل الأشكال العملية لعقد المفاولة ، ولذلك اكتفى المشروع ببعض صورة تجارية ، تاركاً للقاضي أمر تطبيقها وضبطها على الحالات الخاصة .
وقد عني المشروع فيما اعتبره من القواعد العامة ببيان التزامات كل من المفاول ورب العمل وأسلوب انتهاء المفاولة ، فالسبب في ذلك ، معظم أحكام التقنين الحالي والخاصة إليها أحكاماً جديدة ، وفي القواعد الخاصة عني ببعض أنواع المفاولات ، ولا سيما مفاولات البناء ، فالمراد منها ما تضمنته التقنين الحالي من مسؤولية المهندس المعماري والمفاول بالتضامن لمن تخلل البقاء في مدة عشر سنين ، ووضع الأحكام المنظمة للفترة المسؤولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسئولين ، وإلزامها بالقوة القاهرة ، وجواز الاتفاق على الإعفاء منها ، واستمرارها بالتقادم (١) .

موضوع رقم (٢)
(أركان عقد المقاولة)

١٣- تعداد :

عقد المقاولة عقد كسائر العقود ، له أركان ثلاثة هي :

١- التراضى .

٢- المحل .

٣- السبب .

ونعرض لهذه الأركان بإيجاز على التوالى .

(أولاً)

(التراضى فى عقد المقاولة)

١٤- توافق الإيجاب والقبول :

عقد المقاولة من العقود الرضائية، فيكفى لانعقاده التراضى بين الطرفين،

فلا يشترط لانعقاده شكلاً معيناً .

ويكون التراضى بتطابق الإيجاب والقبول على عناصر العقد بين المفاوض

ورب العمل .

فيجب أن يتفق الإيجاب والقبول على ماهية العقد ، فإذا تعهد

شخص بأن يقوم بعمل لآخر ولم يعرض للأجر ولكنه أراد بتعهدده أن يبرم

عقد مقاولة فيتقاضى أجراً ، وكان الآخر يعتقد أن الأول يقوم بالعمل

دون الأجر ، لم يكن هناك عقد بين الطرفين ، لا عقد غير مسمى كما

كان يعتقد المتعاقد الآخر، ولا عقد مقاولة كما كان يعتقد المتعاقد الأول^(١).

(١) السنهاورى ص ٤٨ وما بعدها .

كذلك إذ قصد أحد المتعاقدين أن يقوم بالعمل مستقلا عن أى إشراف أو توجيه، في حين قصد المتعاقد الآخر أن يكون له الإشراف والتوجيه على عمل الأول، فإن المفاوضة لا تتعقد . ويجب التراضى على العمل المطلوب القيام به، فإذا أراد شخص بناء منزل ، وأراد الآخر القيام بعمل آخر كإصلاح منزل قائم فعلا ، فلا تتعقد المفاوضة لعدم التراضى على العمل المقصود منها .

ويجب أن يكون العمل المكلف به المفاوض معينا في العقد تعيينا كافيا ، أو على الأقل قابلا للتعيين . وتعيين العمل يكون بتعيين طبيعته . إقامة بناء أو إصلاح شئ ، أو مراجعة حسابات .

فإذا كان العمل إقامة بناء فإنه تبين أوصاف هذا البناء، بأنه مثلا منزل مكون من طابقين ومساحته كذا مترا مربعا ، وأن المواد الواجب استخدامها في بنائه هي كذا وكذا وإذا كان العمل المطلوب إصلاحا فيجب بيان الشئ الواجب إصلاحه هل هو سيارة أم آلة حرث أم مذياع . كذلك يجب بيان وجه الإصلاح المطلوب ، فإن لم يتحدد ذلك ، كان على المفاوض أن يقوم بكل الإصلاحات اللازمة وإذا كان العمل المطلوب هو مراجعة حسابات ، فيجب بيان المنشأة المطلوب مراجعة حساباتها، والمدة التي تتم المراجعة عنها^(١).

ويجب التراضى على الأجر الذى يدفعه رب العمل إلى المفاوض، وهذا يلزمه من ناحية أن تنجح إرادة المفاوض إلى تقاضى أجرا في مقابل العمل

(١) محمد لبيب شنب ص ٦٠ .

الذى يقوم به، وأن تتجه إرادة رب العمل إلى دفع ذلك الأجر. فإذا اتجهت إرادة الطرفين إلى أن يتم العمل مجانا بلا مقابل، فإن العقد لا يكون مقاوله، بل عقدا مجانيا غير مسمى ولكن لا يطل عقد المقاوله إذا لم تعين فيه أجر المقاول، كما هو الشأن في الأجرة في عقد الإيجار، ومن ثم إذا سكت المتعاقدان عن تحديد الأجر وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول وذلك عملا بالمادة ٦٥٩ مدق التي تجرى على أن: " إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول " .

فالتراضى على الأجر إذن لا يتطلب تعيينه في العقد، بل يكفي بالألا يختلف الطرفان وقت إبرام العقد بشأن تحديده، فهذا الاختلاف هو الذى يمنع من وجود التراضى عليه. أما إغفال الاتفاق على الأجر كلية، فلا يمنع من انعقاد المقاوله.

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى الفتوى رقم ١١٠١ فى ١٦/١١/١٩٨٩ جلسة ١١/١/١٩٨٩ بأن :

" حكم المادة ٦٤٦ من القانون المدق التى تنص على أن " المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يودى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " وكذلك المادة ٦٥٩ من ذات القانون التى تنص على أنه " إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاوله " والثابت أن عقد المقاوله هو عقد رضائى لا يشترط فيه شكل معين وينصب التراضى فيه على عنصرين اثنين : العمل

المطلوب تأديته أو الشيء المراد تصنيعه، والأجر الذى يلزم رب العمل وهذا الأجر يعد ركنا أساسيا لا ينعقد عقد المقاولة بدونه ويجب التميز في هذا الشأن بين فرضين أولهما أن يعرض الطرفان للأجر ويعجزا عن الاتفاق على مقداره ففى هذه الحالة تكون المقاولة باطلة لانعدام أحد أركانها وثانيهما لا يتفق الطرفان على تحديد مقداره رغم اتفاقهما على موضوع المقاولة فيتم تحديد الأجر في هذه الحالة وفقا لحكم المادة ٦٥٩ من القانون المدنى، وذلك على أساس قيمة العمل ونفقات المقاولة .. ولما كان المسلم به وفقا لأحكام القانون المدنى أن عقد المقاولة شأنه شأن سائر العقود الرضائية الأخرى ينعقد بإيجاب وقبول متطابقين وأنه يعتبر قبولا في مقام إبرام هذا العقد قيام الما قول بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه وإذا كان الثابت أن إصلاح الطلمبتين المشار إليهما في الحالة المعروضة قد تم بناء على طلب الوحدة المحلية لمدينة كفر الزيات وأن الأوراق قد جاءت خالية مما يفيد انصراف إرادة هيئة الصرف الصحى إلى القيام بعملية الإصلاح المطلوبة منها مجاننا ومن ثم فإنه يتعين على الوحدة المذكورة أن تودى إلى هيئة الصرف الصحى قيمة إصلاح الطلمبتين المشار إليهما " .

والتعبير عن التراضى ، كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا، ولكن ليس معنى ذلك أنه يفترض بل يجب أن يكون موجودا ، وعلى من يدعيه عبء إثباته .

فإذا وضع مهندس تصميمًا لفيلا معتقداً أن صديقاً له سيورقه التصميم
وسيوذرى إليه أتعابه ، فرفض صديقه أداء أتعاب إلى المهندس ، فإنه لا يجوز
إجباره على ذلك لعدم وجود تعاقد سابق بينه وبين المهندس .

فإذا حدث وقام الصديق بتنفيذ هذا التصميم ، لم يكن أمام المهندس
سوى الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

" جرى قضاء محكمة النقض على أنه متى كانت الجمعية (جمعية المساكن)
لم تعلن وقت إبرام العقد أنها تعاقدت مع المقاول نيابة عن أعضائها ،
وكان لا يوجد في نصوص العقد ما يمكن أن يفيد وجود نيابة صريحة أو
ضمنية فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها ومن ثم
تكون الجمعية وحدها هي صاحبة الحق في مطالبة المقاول بتنفيذ التزاماته
الناشئة عن هذا العقد ، وبالتالي لا يجوز قبول دعوى عضو الجمعية بطلب
ذلك إلا إذا أثبت أن حق الجمعية قد انتقل إليه مما ينتقل به الحق قانوناً " .

(طعن رقم ٥٣٣ لسنة ٣٤ في جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩)

ولئن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد
أحد العاقدين بتعديل العقد دون رضا المتعاقد الآخر ، إلا أنه ليس ثمة ما
يمنع من الاتفاق بينهما على تعديل العقد ، وكما قد يتم ذلك بإيجاب
وقبول صريحين يصح أن يكون ضمناً .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بتعديل العقد دون رضا المتعاقد الآخر ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على تعديل العقد ، وكما قد يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح أن يكون ضمنيا ، وأن على محكمة الموضوع إن هي قالت بأن التعديل الضمني لم يتم أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي العقد في هذا الصدد وأن تقيم قضاءها على أسباب سائفة ، وأن عليها أن تستظهر مدلول المحررات المتنازع عليها مما تضمنته عباراتها على ضوء الظروف التي أحاطت بتحريرها وما يكون قد تقدمها من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته إذ ذلك هو تحصيل فهم الواقع . لما كان ذلك وكان البين بالأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بالاتفاق على تعديل الأسعار التي تضمنها عقداً المقاتلة واستدل على ذلك بما تضمنته المستندات المنومة عنها بوجه النعي وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفوع على ما أورده في مبدواته " أن الخطاب الذي يشر إليه المستأنف - الطاعن - لم يرد به ذكر على الإطلاق لموضوع تعديل الأسعار أو الإشارة إلى ذلك المعنى ، وإنما انصب على طلب سرعة الانتهاء من إنشاء الدور السادس والسابع وتحديد للمبالغ التي تسلمها المستأنف وما تبقى بحسب الحساب ... " وكان هذا الذي أورده الحكم يدل على أن المحكمة استلزمت لتعديل الأسعار المتفق عليها في عقد المقاتلة أن يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين رغم أنه يصح إذا كان ضمنياً ،

وانها لم تستظهر مدلول إيصال السداد المؤرخين ١٩٨١/١/٨ ،
١٩٨٣/٣/١٤ مما تضمنته عبارات الإيصال الأول من أن الطاعن تسلم
مبلغ أربعة وتسعين ألف جنيه والباقي له مائة وثمانية وثلاثين ألف جنيه
فتكون جملة أجر المقاوله مبلغ مائتين واثنين وثلاثين ألف جنيه ، بينما
تضمن الخطاب الثاني - بعد استئناف العمل الذى كان قد توقف كطلب
المطعون ضده الأول - أن الطاعن تسلم مبلغ خمسة آلاف جنيه ليكون
جملة ما قبضه مبلغ مائتين واثنين وثلاثين ألف جنيه ويكون الباقي خمسة
وعشرين ألف جنيه وهو ما يزيد عن أجر المقاوله وفقاً للأسعار الواردة
بالعقد ، مما ينبئ عن تعديل تلك الأسعار بعد توقف العمل بالمبنى، كما لم
تستظهر المحكمة ما تضمنه الخطاب الأول الصادر من المطعون ضده الأول -
والذى يقرر الطاعن أن تاريخه ١٩٨١/١/٢٢ - من طلبه وقف العمل
حتى الدور الخامس فقط وأن أجر المقاوله عن ذلك مبلغ مائة وسبعة
وثمانين ألف جنيه تسلم منها الطاعن مبلغ مائة واثنين وستين ألف جنيه
يضاف إليها قيمة القرض الذى يسعى لإنهاء إجراءاته ومقداره خمسة
وعشرين ألف جنيه ، وما تضمنه الخطاب الثانى - الذى قرر الطاعن أن
تاريخه ١٩٨٤/٣/٢٠ - من إعادة سرد بيانات الحساب السابق وطلب
المطعون ضده الأول الانتهاء من إقامة الدورين السادس والسابع وأنه
سيحاول سداد دفعة أخرى ليصبح المدفوع مائتى ألف جنيه ويكون الباقي
المستحق للطاعن مبلغ خمسين ألف جنيه وهو ما يزيد عن أجر المقاوله
المتفق عليه وفقاً للعقد والمحدد في إيصالات السداد المقدمة من المطعون

ضدّهم ، كما لم يعرض الحكم للدفاع الطاعن بأن المطعون ضده الأول سلمه شيكاً بمبلغ ثلاثة وثمانين ألف جنيه قبل تنازله عن دعوى الحساب السيّ أقامها على المطعون ضدّهم وبعد تصفية الحساب بين الطرفين، ولم تستجب المحكمة لطلب الطاعن إعادة المهمة إلى الخبير لتحقيق هذا الدفاع رغم أنه دفاع جوهرى يترتب عليه- إذا ما حقق - تغيير وجع الرأى فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وشابه قصور فى التسبب وإخلال بحق الدفاع " .

(طعن رقم ٨١٠١ لسنة ٦٤ قى جلسة ١٩٩٦/٢/١٣)
١٥- وثائق مقاولات المباني :

وإن كان الأصل أن يتم الاتفاق على شروط عقد المقاوله بالعقد الذى يرم بين الما قول ورب العمل ، إلا أن العمل قد جرى فى مقاولات المباني على وجود عدة وثائق يكمل بعضها البعض ، ويرجع إليها فى بيان شروط المقاوله .

وهذه الوثائق هى :

١ - العقد (LeMarché): وهو يتضمن الاتفاق الذى تم بين الما قول ورب العمل ، والمفروض فى كل عقد أن يحدد التزامات كل من الطرفين، العمل الذى يلتزم به الما قول والأجر الذى يلتزم به رب العمل. كما يمكن أن يحيل العقد فى بعض شروطه إلى الوثائق الأخرى .

كما يحتوى العقد على تعليمات عامة بالنسبة لطريقة وشروط التنفيذ: المدة - الأجزاء - الأقساط المؤقتة - التفتيش - التسوية النهائية- الاختصاص فى حالة النزاع أو قبول الالتجاء إلى التحكيم .

٢- دفتر الشروط (cahier des charges):

ويشتمل على شروط المزاولة بالتفصيل ، وكيفية التنفيذ، والمواعيد التي تتم فيها الأعمال المختلفة ، وغير ذلك من الشروط التي وضعها رب العمل في الدفتر ويوافق عليها المقاول بإبرامه عقد المزاولة .

٣- المقايضة (devis):

وتتضمن بيان مقاسات البناء المراد إقامته، وبيان مقدار المواد وصفاتها، وهذه هي المقايضة الوصفية (descriptif)، كما تتضمن في العادة بيان ثمن هذه المواد كل نوع على حدة وهذه هي المقايضة التقديرية (estimatif)، ولكن قد يلحق بها أحيانا قائمة بالأثمان (Bordereau des prix) لتبين تطبيق الأثمان بالتفصيل ، وفي هذه الحالة لا تتضمن المقايضة سوى بيان شروط تنفيذ الأعمال ومقاساتها ، في حين تحدد القائمة الأثمان الواجبة عن كل عملية أو عن كل توريد^(١).

٤- التصميمات (Lesplans):

ويقصد بها الرسوم التي يضعها المعمارى ، سواء في ذلك الرسوم المعمارية والرسوم الإنشائية ، ويدخل في ذلك رسوم المشروع الابتدائي (avant projet) والرسوم النهائية التفصيلية . وتستفاد موافقة رب العمل على هذه التصميمات من توقيعه عليها^(٢).

(١) محمد ليبب شنب ص ٦١ .

(٢) محمد ليبب شنب ص ٦١ .

ودفتر الشروط والمقايسة والتصميمات تكون سابقة على التعاقد ، بل إنه على أساسها يقبل رب العمل التعاقد .

ورب العمل غير ملزم بقبول المقايسة والتصميم اللذين يقدمهما المهندس المعماري ، كما أن تكليف رب العمل للمعماري بإجرائهما لا يعد قبولا منه بإبرام عقد بينهما .

غير أن رب العمل يلتزم بأتعاب المعماري عن التصميم الذي قام به ، لأن اتفاقه معه على وضع هذا التصميم هو ذاته عقد مقاوله يرد على التصميم وعهد لعقد المقاوله الأصلي ، فإذا كان هناك اتفاق على أتعاب المعماري عن التصميم التزم بها رب العمل، وإلا وجب تقدير الأجر وفقا للعرف الجاري . إذ تنص المادة ١/٦٦٠ ، ٢ مدق على أن :

"١- يستحق المهندس المعماري أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال .

٢- فإن لم يحدد العقد هذه الأجر ، وجب تقديرها وفقا للعرف الجاري" (١).

غير أنه ليس من الضروري أن توجد كل هذه الوثائق منفصلة بعضها عن البعض الآخر ، فقد يتضمن عقد المقاوله كافة شروط العقد تفصيلا مما يغني عن إعداد باقي الوثائق .

وجميع الوثائق السابقة متمة لبعضها البعض (٢)، وتشكل في مجموعها ما تراضي عليه الطرفان، بشأن البناء المطلوب ، ويلجأ إليها إذا تطلب

(١) السنهوري ص ٥٢ .

(٢) المهندس فتحي غيث قانون المهندس الطبعة الأولى نوفمبر ١٩٦٠ ص ٢٠٤ -

محمد لبيب شنب ص ٦٢ .

الأمر تفسير العقد ، ويجب التوفيق بين ما يبدو منها متعارضا ، فإذا تعذر ذلك تعين ترجيح ما ورد بدفتر الشروط إذا اختلف عما جاء بالمقايضة . وإذا وجد خلاف يتعلق بالثمن بين المقايضة وقائمة الأثمان وجب تغليب حكم القائمة . وإذا وجد خلاف بين الشروط المطبوعة والشروط المكتوبة بخط اليد وجب تفضيل الأخيرة . وإذا وجد خلاف بين الرسومات ، وجب تفضيل الرسومات ذات المقياس الكبير على الرسومات الأصغر مقاسا . وتفضيل الرسومات على المواصفات . وتفضل الأرقام المكتوبة على الرسومات ^(١).

(١) فتحي غيث ص ٥٥- وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الخلاف بين طرفي النزاع يدور حول تفسير الشروط الواردة في البند الأول من قائمة الشروط الخاصة بعملية إنشاء البناء الملحق بالعقد بشأن تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية على كيفية حساب غرامات التأخير عن التنفيذ ، وكان الثابت من عقد المفاوضة المؤرخ... الذي يحكم موضوع النزاع النص في البند التاسع منه على تحديد مدة خمسة عشر شهرا لتنفيذ عملية الإنشاء من تاريخ تسليم الموقع وفي حالة التأخير عن ذلك يلزم المفاوض يدفع تعويض للمالك (الجمعية الطاعنة) محدد بصفة نهائية مبلغ ... جنيه عن كل يوم تأخير وفي حالة زيادة مدة التأخير عن ستين يوما يحق للجمعية بعد إنذاره اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه . فإنه يكون من الواضح الجلي انصراف نية الطرفين إلى إعمال هذا الشرط في حالة التأخير في التنفيذ دون الشرط الوارد في قانون المناقصات والمزايدات بشأن التأخير في التنفيذ، وأن النص في البند الأول من قائمة الشروط -

١٦. التعاقد بطريق المسابقة (concours):

في كل ما تقدم من صور عقد المقالة كنا نفترض أن رب العمل قد تعاقد مع مقاول عن طريق " المساومة " أى " الاختيار الشخصى " ، بمعنى أنه اختار مقاولا يثق فى كفايته ، وأمانته ، فعهد إليه فى تنفيذ العمل المطلوب .

ولكن كثيرا ما يعمد رب العمل إلى إبرام عقد المقالة عن طريق إجراء مسابقة ، سواء كان العمل المطلوب عملا أدبيا أو فنيا أو عمل تمثال أو القيام ببحث علمي ، وكثيرا ما يلجأ إلى المسابقة فى المقالات والمشروعات الكبرى .

وهذه المسابقة تعلن للكافة ولها إجراءات وشروط وأحكام خاصة ، والذي يوضع فى المسابقة كالاتى :

١- إذا كان المطلوب هو وضع تصميم ، يدعو رب العمل عن طريق من طرق الإعلان كالصحف والإذاعة والتلفزيون ... إلخ كل من يريد الاشتراك فى المسابقة لوضع التصميم المطلوب .

-الخاصة بالعملية والملحق بالعقد على تطبيق هذا القانون على هذا العقد يحمل على باقى الشروط الواردة بالقانون والى تتفق مع طبيعة العقد دون هذا الشرط وإلا لما كان هناك موجب لإفراذه بنص خاص فى العقد على التفصيل الوارد به ولسترك الأمر يحكمه قانون المناقصات والمزايدات المتفق على تطبيقه ومن ثم يكون ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من عدم تطبيق قانون المناقصات والمزايدات على هذا الشرط صحيح لهذه الأسباب " .

(طعن رقم ١٢١٣ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣٠)

٢- تعيين العمل موضوع المسابقة تعيينا كافيا ، وقد يحتاج الأمر إلى تفاصيل فنية أو حسابية عديدة فيضع كراسة أو دفترًا بشروط المسابقة وتفاصيل العمل وكل ما يتعلق بذلك من بيانات .
وتعتبر هذه البيانات جزءا من المسابقة ^(١).

٣- غالبا ما تقتزن هذه الدعوة بتأليف لجنة تحكيم تفحص المشروعات أو التصميمات المقدمة في المسابقة لاختيار أفضلها .

٤- قد ينص في الإعلان عن المسابقة أن رب العمل لا يلتزم بالتعاقد مع الفائز في المسابقة، إلا أنه قد يعين جائزة للفائز في المسابقة لمكافأته على جهوده في وضع التصميم .

وقد يتحفظ رب العمل فيذكر في إعلان المسابقة أنه غير ملزم بإبرام عقد مقابلة مع الفائز . فإذا لم يتحفظ رب العمل في الإعلان بعدم التزامه بالتعاقد مع الفائز، كان ملزما بالتعاقد معه .

وتستفاد حرية رب العمل في التعاقد أو عدم التعاقد بصفة خاصة من تخصيص جائزة للفائز، فذلك يفيد أنه ليس للفائز حق إلا في هذه الجائزة ^(٢).

٥- يعتبر إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد ولا يعتبر إيجابا من رب العمل، والإيجاب هو تقديم المتسابق إلى المسابقة ، وهو إيجاب معلق على شرط فوزه فيها . فإذا فاز كان هذا إيجابا باتا ، ووجب أن يتصل به قبول رب العمل، فلا تتم المقابلة إلا بهذا القبول.

(١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٦٦ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٧٥ - فتحيه قره ص ٨٥ وما بعدها .

ورب العمل ملزم بالقبول ، ولا يجوز له أن يرفضه إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة. وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يتضمن نصا يقضى بهذا الحكم صراحة ، إذ نصت المادة ١٣٦ منه على أن : "يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا إليه ، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة " ، إلا أن المادة حذفت فى لجنة المراجعة " لعدم ضرورتها " (١).

فرب العمل هو الذى دعى الموجب إلى الاشتراك فى المسابقة ، فإن رفض أن يعهد بالعمل إلى الفائز التزم بتعويضه تعويضا كاملا عما أصابه من ضرر عن عدم التعاقد مع رب العمل ، فيتقاضى تعويضا عن الخسارة التى تحملها وعن الكسب الذى فاتته .

ويجوز أن يكون التعويض عينيا، فيعتبر القاضى أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك ، كأن كان فى عدم تنفيذ العمل لإضرار بسمعة الفائز الأدبية أو الفنية أو العلمية (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد تعمد المشروع إغفال تعيين الجزاء الذى يترتب على الرفض التعسفى، فمثل هذا الرفض يترتب مسئولية لا شك فيها. فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال ، إذا كان هذا الجزاء كافيا . ويجوز

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٤٥ وما بعدها .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٧٥ - السهنورى ص ٥٣٠ .

للقاضى، فى بعض الفروض، أن يذهب إلى ما هو أبعد فيعتبر أن العقد قد تم، على سبيل التعويض ، إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك " (١).

١٧- طلب تقديم عطاءات :

يلجأ من يريد إنجاز عمل عظيم القيمة بواسطة أحد المقاولين ، إلى طلب تقديم عطاءات إليه *soumission* ، تحدد الأجر الذى يطلبه المقاول فى مقابل القيام بهذا العمل . ويتم تقديم هذه العطاءات إما فى مناقصة علنية (*adjudication auxenchères publiques*) يستقدم فيها المتسابقون وترسو المناقصة على من يقدم علنا أقل عطاء مع إعطاء التأمينات الكافية. ويعتبر التقدم إلى المناقصة بعطاء إيجابا . وإرساء المناقصة على من قدم أقل عطاء يعتبر هو القبول ، فيتم عقد المفاولة برسو المناقصة (م ٩٩ مدنى) .

ومن وقت تقديم العطاء لا يستطيع رب العمل أن يغير من شروط المناقصة ، كأن يعين مثلا حدا أقصى للأجر .

وقد يجد رب العمل من مصلحته أن يعين حدا أدنى للأجر حتى يضمن جدية العطاءات ، ولا يستطيع أن يذيع هذا الحد الأدنى قبل تقديم العطاءات إذ لو أذاعه لفقد مفعوله وإما أن تكون المناقصة عن طريق خطابات مغلقة (*enveloppes cachetés*) (٢)، ويحدد رب العمل يوما معينًا تفتح فيه هذه المظاريف وترسو المناقصة على من قدم أقل عطاء ، مع تقديمه التأمينات الكافية طبقا لدفتر الشروط .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٤٥ المامش .

(٢) السنهاورى ص ٥٤ .

وقد تتضمن الشروط عدم التزام رب العمل بالتعاقد مع صاحب أقل عطاء أو مع صاحب أى عطاء يقدم للمسابقة ، وحينئذ لا يكون رب العمل ملزما بالتعاقد مع من رست عليه المناقصة أو مع غيره من المتسابقين. أما إذا لم يورد هذا التحفظ فإنه يضحي ملزما بإرساء المناقصة على من تقدم بأقل عطاء ، وهذا هو القبول . فإن لم يفعل التزام بتعويض الفائز تعويضا كاملا، كما جاز الحكم بإرساء المناقصة على هذا الفائز على سبيل التعويض العيني^(١).

١٨- إلزام وحدات الجهاز الإدارى للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة بالتعاقد على المقاولات بطريق المناقصة والممارسة :

تنص المادة الأولى من قانون إصدار القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على أن: "يعمل بأحكام القانون المرافق فى شأن تنظيم المناقصات والمزايدات ، وتسرى أحكامه على وحدات الجهاز الإدارى للدولة ووزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية " .

وقد وضع هذا القانون القيود الآتية على الجهات المذكورة عند التعاقد على المقاولات :

١- يكون التعاقد على مقاولات الأعمال أو النقل أو على تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية ، عن طريق مناقصات

(١) قدرى الشهاوى ص ٦٢ .

عامة أو ممارسات عامة . ويصدر باتباع أى من الطريقتين قرار من السلطة المختصة وفقا للظروف وطبيعة التعاقد (م ١) .

والمقصود بالسلطة المختصة الوزير ومن له سلطاته أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة كل فى نطاق اختصاصه . وفيما عدا ما أجازت هذه الأحكام التفويض فيه ، لايجوز للسلطة المختصة التفويض فى أى من اختصاصاتها الواردة بتلك الأحكام إلا لشاغل الوظيفة الأدنى مباشرة دون سواء (م ٢ من قانون الإصدار) .

٢- يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة، التعاقد بإحدى الطرق الآتية :

(أ) المناقصة المحدودة .

(ب) المناقصة المحلية .

(ج) الممارسة المحدودة .

(د) الاتفاق المباشر .

ولايجوز فى أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة . وفى جميع الحالات يتم التعاقد فى الحدود وفقا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بالقانون ولائحته التنفيذية (م ١) .

٣- يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة فى الحالات التى تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فى المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بنواتهم سواء فى مصر أو فى الخارج على أن تتوافر فى شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة (م ٣) .

٤- يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على مائتي ألف جنيه . ويقصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذى يقع نشاطهم فى نطاق المحافظة التى يتم بدائلتها تنفيذ العقد (م ٤٤) .

٥- يكون التعاقد بطريق الممارسة المحدودة فى الحالات الآتية :
(أ) الأشياء التى لاتصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم .

(ب) الأشياء التى تقتضى طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها .

(ج) الأعمال الفنية التى تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم .

(د) التعاقدات التى تقتضى اعتبارات الأمن القومى أن تتم بطريق سرية (م ٥٤) .

٦- يجوز فى الحالات العاجلة التى لا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها، أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص من :

(أ) رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته فى الجهات الأخرى، وذلك فيما لا يتجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة لتلقى الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال (م ٧/أ) .

(ب) الوزير المختص ومن له سلطاته ، أو المحافظ فيما لا يتجاوز قيمته مائة ألف جنيه بالنسبة لتلقى الخدمات والدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل وثلاثمائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال (م١/٧-ب) .

ولرئيس مجلس الوزراء في حالة الضرورة القصوى ، أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما يتجاوز الحدود سالفة الذكر (م٢/٧) .

٧- يجوز لوزارتي الدفاع والإنتاج الحربى وأجهزتهما ، في حالات الضرورة ، التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر مع إعمال أحكام القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٥٧ بشأن إعفاء العقود الخاصة بالتسليح من الضرائب والرسوم والقواعد المالية والقوانين المعدلة له، وللسلطة المختصة التفويض في أى من اختصاصاتها . كما يجوز لرئيس مجلس الوزراء ، في حالات الضرورة أن يصرح لجهة بعينها لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الجهة - بالتعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر وفقا للشروط والقواعد التى يحددها (م٨) .

(ثانيا) (المحل فى عقد المقاولة)

١٩- المحل فى عقد المقاولة مزدوج :

محل عقد المقاولة - كأى عقد آخر- هو الشئ الذى يقع عليه التعاقد وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره ، أو هو الشئ الذى يلتزم المدين القيام به وهو يختلف باختلاف العقود .

والمحل فى عقد المقاولة مزدوج ، فالمحل بالنسبة لالتزامات المقاول العمل المتعاقد على تأديته . وبالنسبة لالتزامات رب العمل ، الأجر الذى اتفق على دفعه للمقاول .

ونعرض لعنصرى المحل تباعا فيما يلى :

(أ) العمل المتفق عليه فى المقاولة :

٢٠- تطبيق القواعد العامة :

لم يرد بالتقنين المدق قواعد خاصة بالنسبة للعمل كركن فى عقد المقاولة ومن ثم فإنه يسرى عليه حكم القواعد العامة .

ويشترط طبقا للقواعد العامة أن يتوافر فى المحل شروط ثلاثة هى :

الشرط الأول: أن يكون ممكنا :

يشترط أن يكون محل عقد المقاولة أى العمل الذى يقوم به المقاول ممكنا لأنه لا التزام بمستحيل وعلى هذا نصت المادة ١٣٢ مدق بقولها: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا " . والمقصود بالاستحالة هى الاستحالة المطلقة ، وهى أن يكون العمل مستحيلا فى ذاته ، لا أن يكون مستحيلا بالنسبة إلى المقاول فحسب فقد يلتزم المقاول

بعمل فنى يكون مستحيلا عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى قدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه ففى هذه الحالة تكون الاستحالة نسبية ولانتمنع من انعقاد المقاولة ، ويكون المفاوض مسئولاً عن التعويض أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، كأن يتعهد المفاوض بعمل يكون قد تم قبل التعهد أو كما إذا تعهد كيميائى أن يستخلص من معادن خسيصة معادن ثمينة وهذا أمر مستحيل حتى اليوم من الناحية العلمية ، فقد شرط الإمكان فى العمل، وكانت المقاولة باطلة^(١).

ولا يشترط لنشوء الالتزام أن يكون محل المقاولة موجودا وقت إبرام العقد ، بل يكفى أن يكون من الممكن وجوده فى المستقبل أى فى الوقت المحدد لنشوء الحق عليه . وقد نصت المادة ١/١٣١ من التقنين المدنى على أنه : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا " ^(٢).

الشرط الثانى : أن يكون معينا أو قابلا للتعين :

الالتزام يوجب على المدين القيام بأداء عمل معين لمصلحة الدائن بحيث يجبره على ذلك إذا امتنع عن القيام به اختيارا، ومن ثم يجب أن يكون العمل المطلوب من المدين معينا أو قابلا للتعين، حتى يمكن إجباره عليه عند الامتناع عن الأداء اختيارا .

ويكون العمل معينا بذكر طبيعته وأوصافه وأن يبين ذلك بصورة كافية . فإذا كان التعاقد على بناء ، كان تعيينه عادة بوضع تصميمات له

(١) السهورى ص ٧٥ .

(٢) قدرى الشهاوى ص ٧٤ .

وهى الرسوم التى يضعها المهندس المعمارى من مشروع ابتدائى ورسوم نهائية تفصيلية. ويقترن بالتصميمات دفتر الشروط لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها . ويقترن بالتصميمات ودفتر الشروط المقايسة، وتبين مقاسات البناء ومقدار المواد وصفاتها وهذا ما يسمى بالمقايسة الوصفية ، وتبين كذلك ثمن المواد من كل نوع على حدة وهذه هى المقايسة التقديرية. ويغنى عن المقايسة التقديرية قائمة بالأثمان تبين الأثمان بالتفصيل. وإذا كان محل العقد مع جراح إجراء عملية تعين ذكر نوع العملية، إذ تتكفل الأصول العلمية ببيان تفصيلاتها .

وإذا كان محل العقد إجراء ترميمات فى مبنى وجب تحديد هذه الترميمات تفصيلا، فإذا لم يذكر فى العقد تحديدا لها ، التزام الما قول بإجراء كافة الترميمات اللازمة للمبنى .

وإذا لم يكن العمل معينا ، فإنه يجب أن يكون قابلا للتعين ، ومثال ذلك أن يكون محل المقاول إقامة مدرسة ، فإنه يكفى الاتفاق على مكان البناء وعدد الفصول وسعة كل فصل وتحديد المرافق المطلوبة للمدرسة . أما إذا لم يكن العمل معينا أو قابلا للتعين ، كانت المقاول باطلة .

الشرط الثالث : أن يكون مشروعا :

يشترط أن يكون العمل المعهود به إلى الما قول مشروعا ، أى لا يكون مخالفا للقانون أو النظام العام أو الآداب ، وإلا كان العقد باطلا ومثل ذلك أن يكون محل العقد تشييد منزل للدعارة أو ألعاب القمار أو إدارته أو تهريب البضائع من الجمر ك .

٢١- (ب)- الأجر في المقاولة :

الأجر هو المال الذى يلتزم رب العمل بإعطائه المقاول فى مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود به إليه. فالأجر إذن هو محل التزام رب العمل. فيجب أن تتجه إرادة رب العمل إلى دفع هذا الأجر ، فإذا انجذبت إرادة الطرفين إلى أن يتم العمل بمجانا فإن العقد لا يكون مقاولة بل عقدا بمجانا غير مسمى .

ويجب أن يكون الأجر مشروعا ، كالأشأن فى محل التزام المقاول وهو العمل المتفق عليه .

كما يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعين ، ونعرض للأجر بالتفصيل الآتى.

٢٢- جنس الأجر :

الأصل أن يكون الأجر نقودا يدفعها رب العمل إلى المقاول . وقد يكون مقسطا أو يدفع جملة واحدة عند تمام العمل أو عند البدء فيه أو فيما بين ذلك .

ولكن يجوز أن يكون الأجر مقدمة أخرى غير النقود . فيجوز أن يكون نقل ملكية أشياء مثلية أخرى كحجوب أو أقطان أو نقل ملكية شئ قيمى كمنزل أو سيارة . وغير ذلك من المال المنقول أو العقار .

بل يصح أن يكون الأجر عبارة عن عمل يقوم به رب العمل لحساب المقاول، كما لو التزم مقاول بترميم مبنى مقابل إجراء طبيب عملية جراحية له .

٢٣- تحديد الأجر :

الأصل أن المتعاقدين يتفقان على الأجر المستحق للمقاول ، وعندئذ يكون هذا الاتفاق ملزما لهما . فإذا لم يتفق الطرفان على الأجر، وجب أن يكون الأجر قابلا للتعين بأن يتضمن العقد الأسس التي يقوم عليها تقرير الأجر في المستقبل .

غير أن عدم تحديد الأجر أو عدم وجود الأسس التي تكفل تحديده بالعقد ، لا يطل عقد المفاوضة . وإنما يكفي بالألا يختلف الطرفان وقت إبرام العقد بشأن تحديده، فهذا الاختلاف هو الذي يمنع من وجود التراضي عليه ، أما إغفال الاتفاق على الأجر كلية ، فلا يمنع من انعقاد المفاوضة وإذا أغفل المتعاقدان تحديد الأجر فإن القانون تكفل بتحديدده إذ نصت المادة ٦٥٩ مدني على أنه :

" إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المفاوضة " .

ونعرض فيما يلي لكيفية تحديد الأجر باتفاق المتعاقدين ، وسنعرض للتحديد القانوني للأجر في آثار عقد المفاوضة وبالتحديد في التزامات رب العمل .

٢٤- كيفية تحديد المتعاقدين للأجر :

يحدد المتعاقدان أجر المقاول إما صراحة أو ضمنا . فيحدد الأجر صراحة بتحديد مقداره إن كان من النقود أو كميته وأوصافه إذا كان شيئا آخر . ويكون الاتفاق ضمنا ، كما في المهن التي جرى العرف فيها على أن يترك لمن يؤدي العمل تعيين مقدار الأجر، كمهنة الطبيب ، وكما في المهن

التي لا يكون تنفيذ الأعمال فيها جسيما ، فيترك رب العمل للمقاول تحديد أجره بحسب أهمية العمل الذي قام به والزمن الذي قضاه . ويخضع الطرفان لما يقضى به العرف أو لمعاملتهما السابقة معا ^(١) .
ويأخذ تحديد الأجر صورتين :

الصورة الأولى :

التحديد الجزافي : *Marché á forfait*

وذلك بتعيين الأجر إجمالا بحسب تقدير الطرفين للعمل دون تحديد أجر مستقل لكل عمل من الأعمال الواجبة، دون نقص أو زيادة ، بصرف النظر عن الوقت والجهد اللذين ينفقهما المقاول في القيام بالعمل ، ودون اعتداد بما يطرأ من حوادث تجعل التنفيذ صعبا أو مرهقا أو أكثر كلفة ^(٢) .
وهذه الطريقة مفيدة لرب العمل ، إذ يتقى بها كل مفاجأة . وقد يلجأ المقاول إلى هذه الطريقة ليشجع صاحب العمل على تنفيذ العمل، ويتحمل المقاول مسئولية الغلط في التقدير . وخطر هذه الطريقة هي أن المقاول قد يستعمل مواد من صنف أقل أولا يتقن العمل . ويخشى هذا على الخصوص عند تحديد الثمن عقب مناقصة بين عدد من المقاولين ^(٣) .

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٨١ .

(٢) محمد ليب شنب ص ٦٥ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٤٨١ وما بعدها .

الصورة الثانية :

تحديد الثمن بناء على مقايسة Machésurdevis :

فبدلاً من تحديد لمن إجمالى مقدماً قد يقنع الطرفان بتقديرات لمختلف أجزاء العمل ، فيتقدم المفاوض بهذه التقديرات مكتوبة ، ويسمى ذلك بالمقايسة. وتسمى الصفقة صفقة بالمقايسة. والثمن الإجمالى يتوقف تحديده على مجموع الأعمال التى تؤدى وفقاً للمقايسة. وقد يتفق فى أثناء العمل على إجراء أعمال تكميلية ، فالأجر لا يمكن أن يعرف تماماً إلا بعد التنفيذ^(١).

ويجرى العمل على ذلك فى مقاولات المباني فيتفق المتعاقدان على سعر معين لمتر البناء وسعر للنجارة وسعر للحدادة ... إلخ ، وعند تمام البناء تحسب الكميات التى نفذت بالبناء وتقدر قيمتها .
وعيب هذه الطريقة أنه لا يمكن التثبت من مقدار الأجرة إلا بعد الانتهاء من العمل الذى تعهد به المفاوض .

(ثالثاً)

(السبب فى عقد المقايسة)

٢٤ مكرراً - تطبيق القواعد العامة :

راجع المجلد الثانى بند (١٠) .

موضوع رقم (٢)

شروط صحة عقد المقاولة

(الأهلية وعيوب الرضا)

أولاً : الأهلية في عقد المقاولة

٢٥- أهلية رب العمل :

رب العمل يلتزم في عقد المقاولة بدفع الأجر إلى المقاول ، فتكون المقاولة بالنسبة له من أعمال التصرف ، ومن ثم يجب أن يتوافر في رب العمل أهلية التصرف، أى يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد القانوني وهو ٢١ سنة ميلادية كاملة ، بشرط ألا يكون قد حكم باستمرار الولاية عليه

فالقاصر أو المحجور عليه لسنه أو غفلة ، ولو كان مأذوناً له في الإدارة ليس أهلاً لإبرام عقد المقاولة وإذا أبرم العقد كانت المقاولة قابلة للإبطال لمصلحته .

وللأب أن يبرم عقد الوكالة باسم القاصر بغير إذن المحكمة لأن المشرع أجاز له التصرف في مال القاصر دون أن يحتتم عليه الحصول على إذن من المحكمة إلا ما ورد بشأنه نص (م) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

أما الجد فلا يجوز له إبرام عقد المقاولة باسم القاصر إلا بإذن المحكمة (م) من المرسوم بقانون المشار إليه) .

وللوصى والقيم أن يبرما عقد المقاولة باسم القاصر أو المحجور عليه

بإذن المحكمة (م) ٣٩ ، ٧٨ من المرسوم بقانون المشار إليه) .

ولكن إذا كان يقصد بالمقاولة حفظ أو ترميم شيء يملكه رب العمل ، فإن المقاولة تعتبر من أعمال الإدارة بالنسبة له . ويكون من سلطة رب العمل إبرامها ولو لم تكن له سوى أهلية الإدارة ، وبذلك يجوز للقاصر الذى بلغ الثمانية عشرة وللمحجور عليه لفسه أو غفلة وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها أهلية إبرام عقد المقاولة (المواد ١٥ ، ٥٦ ، ٥٧ من المرسوم بقانون سالف الذكر) ، ومثل ذلك العقد الذى يبرمه رب العمل مع المقاول لترميم منزله ، والعقد الذى يبرمه مع نجار أو حائك لصنع الأثاث الضرورى لسكنه^(١) أو لصنع ثوبه، ولا يمنع من ذلك أن تكون الترميمات كبيرة مادامت لازمة لحفظ الشيء^(٢).

ويكون أيضا نائبا القاصر أو المحجور عليه إبرام هذا العقد دون إذن من المحكمة .

أما إذا كان العمل لا يعد من أعمال الإدارة، وإنما من أعمال التصرف فلا تثبت للقاصر المأذون بالإدارة ومن فى حكمه أهلية إبرام العقد، كصنع شيء جديد أو إقامة بناء جديد، أو إدخال تحسينات على شيء موجود من قبل .

٢٦- أهلية المقاول :

المقاول ولو اقتصر على تقديم عمله دون تقديم المواد المستخدمة فى هذا العمل لا يقوم بعمل نافع نفعا محضاً، بل بعمل دائر بين النفع والضرر،

(١) محمد عبد الرحيم عنتر ص ٧٠ .

(٢) السنهورى ص ٦٢ - محمد لبيب شنب ص ٨١ .

حقيقة إنه لا يقوم بعمل من أعمال التصرف، ولكن الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ليست قاصرة على أعمال التصرف، بل تشمل كل عمل يقوم به الشخص من شأنه أن يعرضه إلى الكسب أو الخسارة، وإلى المساءلة في حالة الإضرار بالمتعاقد معه ، وهذا هو حكم عمل الما قول ولو لم يقدم المواد الأولية^(١).

ومن ثم يجب في الأصل أن تتوافر في الما قول أهلية التصرف بأن يكون بالغاً رشيداً. فإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة، ولو كان مأذوناً له في الإدارة ، لم يجوز له أن يبرم عقد مقاوله ، وإذا فعل كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحته .

أما إذا كان الما قول عديم الأهلية ، لم تكن له إرادة، ويقع تعاقد باطلاً بطلاناً مطلقاً .

على أنه إذا كان الما قول صانعاً صغيراً ، نجاراً أو حداداً أو سباكاً أو نحو ذلك ، فيمكن القول أنه يستطيع أن يكسب عيشه من صناعته حتى لو كان قاصراً، فيكون أهلاً لإبرام عقود المقاوله المألوفة الداعلة في صناعته.

ويقاس عقد المقاوله في هذا على عقد العمل الذي ورد بشأنه نص صريح إذ تقضى المادة ٦٢ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأن : " للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقاً لأحكام القانون، وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة " .

(١) محمد لبيب شنب ص ٨٠ وما بعدها .

والأجر الذى يتقاضاه القاصر، يكون هو أهلا للتصرف فيه إذا بلغ السادسة عشرة تطبيقا للمادة ٦٣ من المرسوم بقانون سالف الذكر التى تنص على أن : " يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود والمال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته. ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيّد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية " . وحتى لو لم يبلغ القاصر السادسة عشرة ، فإنه يخصص له من أجره ما يلزم لأغراض نفقته ولو كان الأجر كله ، فيكون له أهلية التصرف فيه تطبيقا لأحكام المادة ٦١ من المرسوم بقانون المشار إليه ، والتى تنص على أن : " للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط " (١).

منع الحكومة والمؤسسات العامة والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥% من رأس المال من التعاقد على المقاولات مع مقاولى القطاع الخاص :

٢٧- النص القانوني :

المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١ (٢)
المعدل بالقرار رقم ١٠٤٩ لسنة ١٩٦٢ :

(١) السنهورى ص ٦٣ هامش (٢) - فتحيه قره ص ٨٩ وما بعدها هامش (٣).

(٢) بقصر أعمال مقاولات الحكومة والمؤسسات العامة والشركات شبه الحكومية على الشركات التى تساهم فيها الحكومة والمؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠% من رأسمالها .

" لا يجوز إلا بقرار من رئيس الجمهورية للحكومة والمؤسسات العامة والشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥% من رأس المال ، أن تعهد بأعمال المقاولات والأشغال العامة إلا إلى الشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠% من رأس مالها .

ولا يسرى هذا الحظر بالنسبة للأعمال التي لا تزيد قيمتها على ١٠٠٠٠٠ جنية^(١) بشرط عدم تجزئة العمليات ، وعلى لا يزيد مجموع ما يعهد به من هذه العمليات إلى مقاول واحد في السنة على ما قيمته ١٠٠٠٠٠ جنية سواء عهد إليه بها من جهة واحدة أو أكثر من الجهات المذكورة في الفقرة الأولى " (٢) .

٢٨- مضمون الحظر :

حظرت المادة على الحكومة والمؤسسات العامة^(٣) والشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥% من رأس المال، أن

(١) ، (٢) كانت القيمة ٣٠٠٠٠ جنية ثم عدلت بالقرار رقم ١٠٤٩ لسنة ١٩٦٢ إلى ١٠٠٠٠٠ جنية .

(٣) يلاحظ أن المادة الثامنة من القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ المستبدلة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٧٦ قد نصت على أن : " تلغى المؤسسات العامة التي لائتمارس نشاطا بذاتها وذلك تدريجيا خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون ، ويصدر الوزير المختص بالاتفاق مع وزير المالية القرارات اللازمة لتصفية أعمالها وتحديد الجهات التي تتول إليها مالها من حقوق، وما عليها من التزامات .

ولوزير المالية أن يحل إحدى الجهات الحكومية أو الهيئات العامة أو شركات القطاع العام محل المؤسسات الملغاة في حق إنجاز الأماكن التي تشغلها . -

تمهيد بأعمال المقاولات والأشغال العامة إلا إلى الشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠ % من رأسمالها. غير أنه يجوز رفع هذا الحظر بقرار من رئيس الجمهورية . فالقصد بالحظر هم مقاولوا القطاع الخاص أفراداً أو شركات.

٢٩ - المقاولات التي تخضع للحظر :

يخضع للحظر الوارد بالمادة أعمال المقاولات والأشغال العامة التي تزيد قيمتها على مائة ألف جنيه بشرط عدم تجزئة العمليات، وعلى ألا يزيد مجموع ما يعهد به عن هذه العمليات إلى مقاول واحد في السنة على ما قيمته مائة ألف جنيه ، سواء عهد بها من جهة واحد أو أكثر من الجهات المذكورة في الفقرة الأولى من المادة .

فيشترط لسريان الحظر أن تزيد قيمة الأعمال على مائة ألف جنيه . غير أن المشرع وضع قيدين في ذلك :

- كما يكون لوزير المالية الحق في بيع هذه الأماكن بالحدك للهيئات أو الشركات الخاضعة لقوانين استثمار المال العربي والأجنبي ... إلخ " . ثم صدر القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون في شأن هيئات القطاع العام وشركاته ونص في المادة الثالثة من قانون إصداره على أنه : " لا يترتب على تطبيق أحكام هذا القانون الإخلال بما تضمنته القوانين أو قرارات رئيس الجمهورية من أنظمة خاصة لبعض هيئات أو مؤسسات أو شركات القطاع العام وتسرى أحكامه على هذه الجهات فيما لم يرد به نص خاص في تلك القوانين أو القرارات " .

ونص في المادة الخامسة على أن : " يلغى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ بإصدار قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام والقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ ببعض الأحكام الخاصة بشركات القطاع العام " .

القييد الأول :

ألا تجزأ الأعمال إلى أجزاء لا تزيد قيمة كل جزء منها على مائة ألف جنيه ، بحيث تزيد في مجموعها على مائة ألف جنيه ، لأن هذه التجزئة إنما تنطوى على تحايل على المنع ، ولذلك تكون العبرة بمجموع قيمة المقولة لا بقيمة كل جزء منها . فيقوم المنع .

القييد الثاني :

ألا يزيد مجموع ما يعهد به إلى المقاول من مقاولات في السنة الواحدة على مائة ألف جنيه ، سواء عهد إليه بها من جهة واحدة كالحكومة أو من أكثر من جهة كالحكومة ومؤسسة عامة وشركة مختلطة . فإذا دخل مقاول من القطاع الخاص مقاولا في مقاولتين للحكومة ، أو في مقولة للحكومة ومقولة لمؤسسة عامة ، أو في مقاولتين لشركة مختلطة أو في أكثر من مقاولتين لجهة أو أكثر من هذه الجهات ، بحيث يزيد مجموع قيم هذه المقاولات على مائة ألف جنيه قام المنع . وفي حساب مجموع هذه المقاولات تدخل كل مقولة بداهة بجميع أجزائها إذا كانت قد جزئت . فإذا حصل مقاول القطاع الخاص على مقولة من الحكومة مجزأة على جزئين كل جزء منها قيمته خمسين ألف جنيه فتكون قيمة المقولة مائة ألف جنيه وحصل في السنة نفسها على مقولة من شركة مختلطة قيمتها عشرون ألف جنيه ، قام المنع لأن مجموع قيم هاتين المقاولتين يزيد على مائة ألف جنيه ^(١) .

غير أن تكليف المقاول الخاص بعمل في سنة لا يمنع من تكليفه بعمل غيره في سنة أخرى ، ولو كان العمل الأول لم يتم بعد ، ولو كانت قيمة

(١) السنهوري ص ٦٦ - فتحيه قره ص ٩٢ .

العملين معا تزيد على مائة ألف جنيه ، فالمادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية سألقة الذكر تنص على ألا يزيد مجموع ما يعهد به من الأعمال إلى مقال واحد في السنة على هذه القيمة ، فالخطر إذن يرد على إبرام العقد، لا على تنفيذه ، بمعنى أنه يحظر على الهيئات الخاضعة لهذا القرار أن ترم مع مقال واحد في السنة الواحدة ، مقاولات تزيد قيمتها على مائة ألف جنيه ولكن لا يحظر على المقال أن يقوم بتنفيذ أعمال تزيد قيمتها على هذا المبلغ، إذا كان قد تعاقد عليها في سنين مختلفة^(١).
غير أن هذا الخطر يزول إذا صدر قرار من رئيس الجمهورية يعهد فيه بالمقاولات محل الخطر إلى إحدى شركات أو أفراد القطاع الخاص.

٢١- جزاء مخالفة الحظر:

الحظر السوار بالمادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية سألقة الذكر لا يتعلق بأهلية مقالى الفصاح الخاص ، بل هو مع من التعامل بموجب نص تشريعى كمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها ومنع مريض مرض الموت من بيع ماله إلا في حدود معينة^(٢). وهذا المنع دعت إليه اعتبارات المصلحة العامة لما في قصر المقاولات الكبيرة على شركات القطاع العام والحكومة من دعم لها وضمان لحسن تنفيذ تلك الأعمال التى تتعلق بمصالح الدولة ، ومن ثم يترتب على مخالفته بطلان عقد المقالة

(١) محمد ليبب شب ص ٧٩ - السنهورى ص ٦٦ .

(٢) السنهورى ص ٦٤ هامش (١) - فتحة قره ص ٩٠ هامش (١) - وقارن محمد ليبب شب ص ٨٩ فى أن الخطر ينتقص من أهلية وجوب مقالى القطاع الخاص ، ويجعلهم غير صالحين لاكتساب الحقوق عن طريق عقود المقالة التى تتجاوز قيمتها مائة ألف جنيه .

بطلاناً مطلقاً وينصرف البطلان إلى المقاولة كلها إذا لم يمكن تجزئتها
ويقصر على العملية التي تجاوز النصاب المحدد في حالة إمكان التجزئة .
فإذا عهد إلى مقاول القطاع الخاص بمقاولة قيمتها سبعون ألف جنيه ، ثم
عهد في السنة نفسها بمقاولة قيمتها خمسون ألف جنيه ، وكانت المقاولة
الأخيرة غير قابلة للتجزئة ، فإنها تقع - دون المقاولة الأولى - باطلا .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٠٣ لسنة
١٩٦١ المعدل بالقرار رقم ١٠٤٩ لسنة ١٩٦٢ أن المشرع حظر في
المقاولات التي تطرحها الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات التي
تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥% من رأس المال
التي يتجاوز رأس مالها ١٠٠ مليون جنيه أن يكون المقاول فيها من خارج
البلاد التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن
٥٠% من رأسمالها وذلك حتى ولو جزئت المقاولة إلى عدة عمليات على
ألا يزيد مجموع ما يعهد به في مقاولات أو عمليات إلى مقاول واحد على
مائة ألف جنيه في السنة الواحدة سواء عهد إليه بها من جهة واحدة أو
أكثر من الجهات آنفة الذكر ما لم يرخص رئيس الجمهورية بها وكان
هدف الشارع من ذلك تحقيق الصالح العام لها في قصر هذه المقاولات
الكبيرة على شركات القطاع العام والحكومة من دعم لها وضمان تنفيذ
تلهمك الأعمال التي تتعلق بمصالح الدولة فإن مقتضى هذا الحظر الصريح -
وهو حظر عام دعت إليه اعتبارات المصلحة العامة لترتيب البطلان المطلق -
- وإن لم ينص عليه بلفظه - جزاء للخالفه بحيث يجوز لكل ذي مصلحة

التمسك به بغض النظر على مدى علم الآخر في عقد المقاوله بالمخالفة. وينصرف البطلان إلى المقاوله كلها إذا لم يمكن تجزئتها ويقتصر على العملية التي تجاوز النصاب المحدد في حالة إمكان التجزئة ، وإذا كان ما تقدم، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة وهى إحدى الشركات المملوكة للدولة قد تعاقدت مع المطعون ضده الأول وهو من الأفراد في غضون كل من عامى ١٩٧٤، ١٩٧٥ على أعمال مقاوله تزيد قيمتها على مائة ألف جنيه في خلال السنة الواحدة دون الحصول على ترخيص بذلك من رئيس الجمهورية فإنه يحق للطاعنة التمسك بهذا البطلان .

(طعن رقم ١٩٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٢)

كما قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأحكام قرار رئيس الجمهورية سالف الذكر لأنه دفع بخالطه واقع. **إذا ذهبنا إلى أن :**

" لا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١ المعدل بالقرار رقم ١٠٤٩ لسنة ١٩٦٢ -والذى يقضى بحظر ما يعهد به من الأعمال إلى المقاول الواحد في السنة بأكثر من مائة ألف جنيه - لأن هذا الدفاع يخالطه واقع، وهو تقدير قيمة العمل المسند إلى المطعون ضده (المقاول) ، ولم يقدم الطاعن ما يدل على أن عناصره الواقعية كانت مطروحة على محكمة الموضوع " .

(طعن رقم ٢٧٢ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/٢٦)

ثانيا : عيوب الإرادة فى عقد المقاولة

٣١- تطبيق القواعد العامة :

عيوب الإرادة فى عقد المقاولة ، هى ذات عيوب الإرادة فى العقود الأخرى والمقررة فى القواعد العامة وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

غير أن أهم تطبيقات عيوب الإرادة فى عقد المقاولة الغلط فى عقد المقاولة، لا سيما الغلط فى شخص المقاول أو الغلط فى الحساب ، ونعرض لهاتين الصورتين فيما يلى :

٣٢- الغلط فى شخص المقاول :

الغلط فى شخص المقاول - كأصل عام - لا تأثير له فى صحة العقد .
غير أنه قد يكون له تأثير فى صحة العقد ، إذا كان شخص المقاول ملحوظا ومحل اعتبار لدى رب العمل . ويكون ذلك عادة فى عقود المهن الحرة كالتعاقد مع طبيب أو مهندس معمارى أو رسام ، إذ يكون لشخصية المتعاقد معه اعتبار فى التعاقد لدى رب العمل ، وقد يكون لشخص المقاول اعتبار فى غير هذه العقود كما فى الإنشاءات الكبرى، مثل التعاقد مع مهندس معمارى على إقامة قرية سياحية كاملة المرافق إذ يطمئن رب العمل إلى كفاءة وأمانة المهندس المتعاقد معه .

وقد أوردت بعض نصوص التقنين المدنى حالات تكون فيها شخصية

المقاول محل اعتبار ومن أمثلة ذلك :

(أ) - ما ورد في نص المادة ١/٦٦١ مدق من أنه : " يجوز للمقاول أن يكمل تنفيذ العمل في جملة أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفايته الشخصية " .

(ب) - ماتنص عليه المادة ٦٦٦ مدق من أن : " ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل " .

وبالترتيب على ذلك ، فإنه إذا كان شخص المقاول محل اعتبار في العقد، فإن الغلط فيه يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة رب العمل. كأن يستعاقد مريض مع جراح متوهم أنه جراح معين، فظهر أنه غلط في شخصه وأنه جراح آخر^(١).

٢٣- الغلط في الحساب وغلطات القلم :

الغلط في الحساب وغلطات القلم لا يؤثر في صحة العقد ، ولكن يجب تصحيح الغلط .

وفي هذا تنص المادة ١٢٣ مدق على أنه : " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، لكن يجب تصحيح الخطأ " .

(١) السنهوري ص ٦٧ وما بعدها .

والمقصود بالغلط في الحساب الغلط في عمليات الجمع والطرح والقسمة سواء كان الغلط لمصلحة المداول أو لمصلحة رب العمل .
أما غلطات القلم فيقصد بها الغلط في نقل رقم من جدول إلى آخر أو من صفحة إلى أخرى^(١) أما طلب إعادة عمل حساب المداولة من جديد، بعد عمل المقاس والحساب النهائي واعتماد كل ذلك فلا يجوز .
وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (أ) - " الخطأ في ذات الأرقام المثبتة بحساب المداولة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهرا في الأرقام الثابتة في كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانونا . أما طلب إعادة عمل حساب تلك المداولة من جديد، فإن القانون يأباه، لأن عمل المقاس والحساب النهائي عن المداولة بعد إتمامها مادام عملا متفقا عليه في أصل عقدها، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلا، ووقع عليه بالاعتماد فقد انقضت مسؤولية كل عاقد عنه وأصبح هو ونتيجته ملزما للطرفين . وعدم إمكان إعادة الحساب من جديد بعد عمله مرة أولى إذا كان لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين المصرية كما ورد النص عنه بالمادة ٥٤١ من قانون المرافعات

(١) قبرى الشهادة ص ٥٦ هامش (١٣) - وراجع في التفصيل المجلد الأول بند

الفرنسي ، إلا أنه أمر مفهوم بالضرورة من أصول القانون التي تمنع تقاضى الالتزام مرتين " .

٢- " دعوى الغلط المحسوس المبطل للمشاركة بحسب المادة ٥٣٥ لا يجوز توجيهها ضد المقياس والحساب المعتمدين في مقالة من المقالات متى كانت في حقيقتها ليست سوى دعوى لإعادة المقياس أو الحساب برمته من جديد . لكن دعوى وقوع هذا الغلط في مقياس بعض أجزاء خاصة معينة من الأعمال الكلية التي قام بها المتعهد قد تقبل ويؤمر بتحقيقها ، غير أن هذا لا يجوز إلا إذا كانت الظروف والدلائل تشهد بأنها دعوى جدية ، أما إذا رأت المحكمة أنها غير جدية بل هي منازعة اعتسافية يراد بها الرجوع فيما تحقق وتم الاتفاق عليه ، فالمحكمة في حل من عدم قبول تحقيقها " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٣٥/١١/٧)

٢٤- إثبات عقد المقالة :

لم يضع الشارع قواعد خاصة لإثبات عقد المقالة، ومن ثم يسرى على إثبات عقد المقالة القواعد العامة في الإثبات ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٠ من قانون الإثبات على أن: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " . ويجوز الإثبات بشهادة الشهود

فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجود مبدأ ثبوت بالكتابة (م ١/٦٢ من قانون الإثبات) .

وقد قضى بأن الخطاب الموجه إلى المجلس البلدى فى إحدى المدن بطلب إعطائه قطعة أرض لازمة لإعادة بناء عمارة مملوكة له ، يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا أشار إلى أنه كلف معماريا معيناً بوضع التصميم اللازم للبناء، ويميز لهذا المعمارى أن يثبت التعاقد معه بالشهادة والقرائن^(١) . وكذلك توقيع رب العمل على الرسومات التى أعدها المعمارى يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح للمهندس الالتجاء إلى الشهادة لإثبات أن رب العمل كلفه بعمل هذه الرسومات بناء على تعاقد بينهما .

ويجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة فى الحالتين الآتيتين :

١ - إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى . ويعتبر مانعا أدبيا ما جرى به عرف بعض المهن، مثل مهنة الطب من عدم إثبات العقد بين المريض والطبيب بالكتابة، ومثل ذلك بعض المقاولات كحياكة الملابس والنجارة وكى الملابس والمفروشات ، فقد جرى العرف بعدم إثبات العلاقة بين رب العمل والمقاول بالكتابة ، فيحوز إثبات المقاول فى هذه الصور وما شابهها بكافة طرق الإثبات ومنها البينة

(١) الجزائر فى ٢ نوفمبر ١٨٩٢ مشار إليه فى مؤلف محمد لييب شنب ص ٨٣ .

والقرائن فيجوز للطبيب مثلاً أن يثبت العقد بينه وبين المريض بالبينة والقرائن وسجلات الطبيب ولو كانت غير منتظمة .

وتقوم القرابة مانعا أدبيا كالمهندس الذى يتعاقد مع أقربائه أو زوجته .
أما قيام علاقة الصداقة بين أسرة المهندس والطرف الآخر فلا تعتبر مانعا أدبياً^(١) .

وتقدير قيام المانع الأدبي من عدمه مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع مستهديا بظروف الدعوى .

٢- إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبى لايد له فيه (م ٦٣م من قانون الإثبات) .

ويثبت عقد المقاولة بما يقوم مقام الكتابة من إقرار وعين ، والإقرار لا يستجرأ طبقاً للقواعد العامة، فإذا أقر رب العمل بعقد المقاولة ، وذكر فى إقراره أنه دفع الأجر، فإنه لا يصح أن يجزأ إقراره عليه ، وعلى الما قول أن يثبت أن الأجر لم يدفع .

غير أنه يلاحظ أن عدم قيام الما قول بتنفيذ الأعمال محل عقد الوكالة يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية ، ولو جاوزت قيمة هذه الأعمال خمسمائة جنيه، لأن محل الإثبات هنا واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" عدم قيام الما قول بتنفيذ البناء طبقاً لما التزم به فى عقد المقاولة هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ولا مخالفة فى ذلك لما هو ثابت فى العقد إذ لم ينص فيه على وفاء الما قول بالتزاماته الواردة فيه " .

(طعن رقم ٢٢٢ لسنة ٣٤ قى جلسة ١٩٦٧/١١/١٦)

(١) السهورى ص ٥٥ وما بعدها - محمد لبيب شنب ص ٨٢ وما بعدها .

وسنرى أن المادة ١/٦٥٨ ، ٢ مدق أشارت إلى حالة لايجز فيها الإثبات إلا بالكتابة إذ نصت على أن : " ١- إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو أن يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره .

٢- ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة " .

أما إذا كان عقد المقاولة تجاريا بالنسبة للمدعى عليه فإنه يجوز - طبقا للقواعد العامة - إثبات العقد بكافة طرق الإثبات القانونية ولو جاوزت قيمته خمسمائة جنيه .

وقواعد الإثبات مما لا يتعلق بالنظام العام، ويجوز التنازل عنها صراحة أو ضمنا .

(راجع في التفصيل المجلد الأول بند ٢٣٤) .

٢٥- متى يعتبر عقد المقاولة مدنيا ومتى يعتبر تجاريا ؟

(أ) بالنسبة لرب العمل :

عقد المقاولة بالنسبة لرب العمل يكون عادة مدنيا. إذ أن صاحب العمل يكون في الغالب غير تاجر .

ومثال ذلك : أن يتعاقد شخص مع نجار لصنع أثاث لمنزله أو مع مقاول لبناء منزل أو مع حائك لصنع ثوب ، سواء كانت المواد مقدمة من رب العمل أو قام المقاول بتوريدها .

وكذلك إذا تعاقد مريض مع طبيب على علاجه .

وإذا كان رب العمل تاجرا ولكن المقاول لا تتعلق بتجارته، فإن العقد يكون مدنيا بالنسبة له ، كما لو تعاقد التاجر مع مقاول على بناء فيلا لسكنه، أو مع نجار على صناعة أثاث لمسكنه، أو تعاقد مع طبيب لعلاجه . أما إذا كان تعاقد التاجر مع المقاول على عمل يتعلق بشئون تجارته، فإن المقاول تكون عملا تجاريا بالتبعية ، كما إذا تعاقد التاجر مع نجار لصنع أثاث لاستعماله في عمله التجارى أو فى مصنعه أو تعاقد مع مقاول لإصلاح ماكينة بمصنعه أو على ترميم متجره أو مصنعه .

وعندئذ يكون الإثبات فى مواجهة التاجر بكافة طرق الإثبات القانونية، ولو جاوزت قيمة المقاول خمسمائة جنيه .

(ب)- بالنسبة للمقاول :

عقد المقاول بالنسبة للمقاول عقد مدنى طالما لم يكن عملا من أعمال التجارة .

وأعمال المهن الحرة تعتبر أعمالا مدنية لأنها تعتمد على الفكر وتقوم على الثقة الشخصية ، كعمل الطبيب والمهندس والرسام والنحات .

فإذا تعاقد المريض مع الطبيب على إجراء عملية جراحية له أو تعاقد رب العمل مع مهندس على وضع تصميم معين أو تعاقد مع رسام أو نحات على لوحة معينة أو تمثال معين ، كان العقد بالنسبة للمقاول مدنيا .

غير أن صاحب المهنة الحرة قد يقوم بأعمال تجارية كالمهندس الذى يضع التصميم والرسومات والمقاييس ويشرف على العمل ويقوم بأعمال

البناء فيورد المواد اللازمة للبناء والآلات ويقدم العمال ، ففي مثل هذه الحالة لا يتجزأ العقد ، ويعتبر تجاريا بالنسبة إلى المهندس ^(١).

وأياضا يكون عقد المقاوله تجاريا بالنسبة إلى المقاول إذا اعتبر عملا من أعمال التجارة ، كالتجار أو الحائك الذين يعهد إليها بصنع أثاث أو حياكة ملابس ^(٢)، وصاحب المطحن الذى يطحن الحبوب وصاحب المحلج الذى يحلج القطن أو صاحب مصنع السكر الذى يصنع السكر من

(١) السهورى ص ٥٩ - قدرى الشهاوى ص ٦٧ .

(٢) ويلاحظ أن أصحاب الحرف كالتجار والسيك والنقاش والكوافير الذين يمارسون عملا يدويا ويجعلونه أساسا لنشاطهم ومصدرا لرزقهم يمارسون عملا مدنيا لأن قوامه الاعتماد بصفة رئيسية على استغلال المواهب الشخصية والخبرات العملية والمهارات الفنية ولاينال من ذلك أن تقتضى مزاوله نشاطهم شراء بعض البضائع لبيعها للعملاء أو تصنيع بعض المواد لتقديمتها إليهم ، استكمالا لمطالب الحرفة ، مما يعتبر امتدادا لها وتابعا لها مما يجعله يأخذ حكمها. أما إذا استخدم الحرفى عمالا أو آلات بحيث يضارب على عمل هؤلاء العمال أو إنتاج تلك الآلات ، فإن عمله يكون تجاريا . وقد نصت المادة ١٦ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) على أن : " لا تسرى أحكام القانون التجارى على أرباب الحرف الصغيرة .

ويعد من أرباب الحرف الصغيرة كل من يزاول حرفة ذات نفقات زهيدة للحصول على مقدار من الدخل يؤمن معاشه اليومي " .

(راجع فى التفصيل وفى قضاء محكمة النقض مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الأول ص ٨٦ وما بعدها ، ص ٢٨٢ وما بعدها .

القصب أو البنجر ، وأصحاب دور السينما والمسارح وقاعات الموسيقى والرقص. فالعقود التي يرمها هؤلاء تعتبر بالنسبة لهم تجارية . ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن ، ولو جاوزت قيمة العقد خمسمائة جنيه .

٣٦- الاختصاص المحلى والنوعى بشأن المنازعات الناشئة عن عقد المقاولات :

تحدد المادة ٥٦ مرافعات الاختصاص المحلى فى المنازعات المتعلقة بالمقاولات بمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها متى كان فيها موطن المدعى إذ تجرى على أن : " فى المنازعات المتعلقة بالتوريدات والمقاولات وأجرة المساكن وأجور العمال والصناع والأجراء يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها متى كان فيها موطن المدعى عليه " . ويستوى أن يكون عقد المقاولات محل المنازعة مدنيا أو تجاريا .

أما بالنسبة للاختصاص النوعى ، فإذا كان النزاع يدخل فى الاختصاص النوعى أو القيمى للمحكمة الابتدائية ، فطبقا للمادة ٤٧ من قانون المرافعات تختص المحكمة الابتدائية بالدعاوى المدنية والتجارية ، فليس فى نظام القضاء المصرى محكمة ابتدائية تختص بالفصل فى الدعاوى المدنية وأخرى تختص بالفصل فى الدعاوى التجارية ، ومن ثم فإن المحكمة الابتدائية تكون هى المختصة بالدعاوى التجارية ولكنها تطبق القانون المدنى فى المسائل المدنية والقانون التجارى فى المسائل المتعلقة بالعمل التجارى. ولا يقدح فى ذلك تخصيص دائرة أو أكثر بالمحكمة الابتدائية

لنظر الدعاوى التجارية ، لأن ذلك مما يدخل في نطاق التنظيم الداخلى للمحكمة مما تختص به الجمعية العمومية بها، ولا يتعلق بالاختصاص النوعى الذى تتولى قواعده توزيع العمل فيما بين طبقات المحاكم^(١).

وإذا كان النزاع يدخل في الاختصاص القيمى للمحكمة الجزئية - عندما يثبت الاختصاص المحلى لغير محاكم القاهرة والاسكندرية- فإنه تختص بنظره المحكمة الجزئية عملا بالمادة ٤٢ مرافعات التى تنص على اختصاص المواد الجزئية بالدعاوى المدنية والتجارية التى لا تتجاوز قيمتها عشرة آلاف جنيه .

أما إذا كان النزاع يدخل في نطاق الاختصاص المحلى لمحاكم القاهرة أو الاسكندرية ، فالأمر يحتاج إلى تفصيل. ذلك أنه صدر قرار وزير العدل بتاريخ ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ بإنشاء محكمة تجارية جزئية بالقاهرة وأخرى بالاسكندرية . وقد جرى الفقه والقضاء على أنه إذا كان العمل بالنسبة للمدعى مدنيا وبالنسبة للمدعى عليه تجاريا ، جاز للمدعى أن يقدم دعواه أمام المحكمة التجارية وهى مختصة باعتبارها محكمة المدعى عليه ، أو رفعها أمام المحكمة المدنية لأنه يكون في الغالب غريبا عن البيئة التجارية ومحاكمها .

(١) نقض طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٦٢ - ٥٦٧ لسنة ٤٤ ق
جلسة ١/٥/١٩٧٨ - ٣٥ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٧/٣/١٩٨٧ - ١٩١٦ لسنة
٥٤ ق جلسة ١٤/٥/١٩٨٩ - ١٩٣٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ٩/٤/١٩٩٢ .

أما إذا كان العمل بالنسبة للمدعى تجاريا فليس له أن يرفع الدعوى على خصمه الذى يكون العمل بالنظر إليه مدنيا ، إلا أمام المحكمة المدنية^(١).

(١) الدكتور محسن شفيق الوسيط في القانون التجارى المصرى الجزء الأول الطبعة الثالثة ١٩٥٧ ص ١٠٣ وما بعدها - الدكتور ثروت عبد الرحيم شرح القانون التجارى المصرى الجديد- الجزء الأول الطبعة الثالثة ٢٠٠٠ ص ٣٠ وما بعدها - ويذهب الدكتور ثروت عبد الرحيم إلى أنه رغم أن القاعدة من النظام العام فقد أجازت محكمة النقض الفرنسية الشرط الذى بموجبه يتفق الطرفان على أن تختص المحكمة التجارية بنظر الدعوى التى ترفع على من يكون العمل بالنسبة له مدنيا (نقض مدنى فرنسى فى ٨ مايو سنة ١٩٠٧ ، نقض فرنسى تجارى فى ٢٠ يوليو سنة ١٩٦٥). راجع أيضا مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الأول ٢٠٠٢/٢٠٠٣ ص ٦٤ وما بعدها .

(آثار عقد المقاولة)

موضوع رقم (٤)

(التزامات المقاول)

٣٧- تعداد :

يقع على عاتق المقاول في عقد المقاولة التزامات ثلاثة هي :

١ - تنفيذ العمل الموكول إليه بموجب العقد .

٢ - تسليم العمل إلى رب العمل .

٣ - ضمان العمل بعد تسليمه .

ونعرض لهذه الالتزامات بالتفصيل على التوالى .

(الالتزام الأول)

(تنفيذ العمل الموكول إلى المقاول بمقتضى العقد)

٣٨- كيفية تنفيذ العمل :

الالتزام الرئيس الذى يترتب في ذمة المقاول، هو تنفيذ العمل الموكول

إليه بمقتضى العقد .

فيجب على المقاول تنفيذ العمل بالكيفية المتفق عليها في عقد المقاولة،

وطبقا للشروط الواردة في هذا العقد، وبخاصة طبقا لدفتر الشروط في

مقاولات البناء إذا وجد هذا الدفتر وإذا كان هناك عطاء عن توريد

أصناف معينة وجب أن تكون تلك الأصناف حسب عينات جهة الإدارة

النموزجية والمواصفات أو الرسومات التى يجب على مقدم العطاء (المقاول)

الاطلاع عليها إذا كانت الجهة المتعاقدة من جهات الإدارة التى تسرى

عليها أحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات :

وإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب اتباع العرف ، وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذى يقوم به المفاوض . فلكل مهنة أو حرفة أصول معروفة وقوانين تجب مراعاتها ، دون حاجة لذكرها فى العقد أو يشار إليها جملة فى العقد ، كالقول مثلاً (حسب أصول الصناعة) أو ما يودى إلى هذا المعنى ^(١) .

فعلاج الطبيب للمريض له أصوله الفنية ، فالطبيب يسأل عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لايقع من طبيب فى مستواه المهني وجد فى نفس الظروف التى أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة درجة جسامته .

وكقاعدة عامة يجب أن يترك باب الاجتهاد مفتوحاً أمام المفاوض حتى يتمكن من القيام بمهمته من حيث تنفيذ محل عقد المفاوضة ورب العمل آمن مطمئن ، بحيث لا يسأل هذا المفاوض إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً وبصفة قاطعة لا احتمالية أنه ارتكب عيباً لا يأتيه من له اللام بهذا اللون من الفن إلا عن رعونة وعدم تبصر واحتياط وأن يكون خطأه محققاً و متميزاً ^(٢) .

(١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ١٠٦ .

(٢) قدرى الشهاوى ص ٩٢ وما بعدها .

٣٩- أدوات العمل ومهامه :

كثيرا ما يحتاج المقاول ، في إنجاز العمل طبقا لشروطه أو وفق عرف وأصول الحرفة استخدام أدوات ومهمات ، أو الاستعانة بأشخاص يعاونون المقاول في تنفيذه، ويعملون معه تحت إشرافه وإدارته فيكونون تابعين له . بل قد تستدعى طبيعة العمل أن يقوم هؤلاء التابعون بالعمل وحدهم ، وأن تقتصر مهمة المقاول على الإشراف عليهم وتوجيههم ، ما لم يكن العمل منظورا فيه إلى مهارة المقاول الشخصية كالتبيب والفنان فالمهندس المعماري يستأجر الآلات اللازمة لإقامة أساس بناء لوضع خوازيق . والجراح تلزمه آلات الجراحة .

وهذه الأدوات والمهمات يلتزم بها المقاول وعليه إحضارها ، غير أنه يستثنى من ذلك أن يجري الاتفاق على خلاف ذلك كأن يتفق الطرفان على أن يحضر رب العمل هذه الأدوات والمهمات كما يجري العرف على أن في مهن معينة يلتزم المقاول بإحضارها .

وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤٩ مدني بقولها : " وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية ويكون ذلك على نفقته . هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره " .

٤٠- مقدار العناية اللازمة في تنفيذ العمل :

التزام المقاول بتنفيذ العمل المعهود به إليه ، قد يكون التزاما ببذل عناية أو التزاما بتحقيق نتيجة .

ومثل الالتزام ببذل عناية التزام الطبيب بعلاج المريض ، فهو يجب عليه أن يبذل عناية من في مستواه من الأطباء في علاج المريض طبقا

للأصول الطبية ، وليس عليه أن يشفى المريض فالطبيب يعالج والله يشفى^(١).

ويجب على المهندس الذى يدير عملا أو يشرف على تنفيذ تصميم أن يبذل عناية مهندس فى مستواه فى إدارة العمل أو فى الإشراف على تنفيذ التصميم ، ولا يلتزم بتحقيق النتيجة المقصودة . ما لم يتفق على وجوب بذل عناية أكثر من عناية الشخص العادى .

وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة ٢١١ مدنى بقولها : " فى الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشئ أو أن يقوم بإدارته أو يتوخى الحيلة فى تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك " .

ومثل الالتزام بتحقيق غاية ، أن يكون مطلوبا من المقاتل نتيجة معينة كإصلاح شئ ، أو إقامة بناء أو ترميمه أو هدمه ، أو وضع تصميم أو رسم أو نحت تمثال ، فإن تنفيذه للعمل يكون بتحقيق هذه النتيجة . فلا يبرأ المقاتل من التزامه إلا إذا تحققت هذه الغاية وأنجز العمل المطلوب . ولايكفى أن يبذل فى القيام بهذا الالتزام عناية الشخص المعتاد أو أكبر عناية ممكنة، ذلك أنه مادام العمل المطلوب لم ينجز فإن المقاتل يكون مسئولا .

(١) الدكتور عمود جمال الدين زكى مشكلات المسؤولية المدنية الجزء الأول

غير أن مسؤولية المقاول تنتفي بثبوت السبب الأجنبي ، فانتفاء مسؤوليته في هذه الحالة إنما يأتي من نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر لا من نفي الخطأ .

٤١- الالتزام بتقديم مادة العمل :

١- التزام المقاول بتقديم مادة العمل :

تنص المادة ٦٤٧ مدني على أنه :

" ١- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله ، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله " .

٢- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا " .

وعلى ذلك فالتزام المقاول يأخذ إحدى صورتين:

الأولى : التعهد بتقديم عمله فقط .

الثانية : التعهد بتقديم عمله بالإضافة إلى المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله .

وقد رأينا- طبقا للرأى الراجع - أنه إذا قدم المقاول مادة العمل، وكان للمادة قيمة محسوسة ، فإن العقد يكون مزيجا من بيع ومقاوله ، سواء كانت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل أو أقل ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاوله على العمل وتنطبق أحكامها عليه . وقد طبقت المادة ٦٤٨ مدني هذه القاعدة ، فجعلت المقاول مسئولا عن جودة المادة إذ نصت على أن : " إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها ، كان مسئولا عن جودتها، وعليه ضمانها لرب العمل " .

ذلك أن الما قول فى هذه الحالة يكون بائعا للمادة ، فىضمن ما فىها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية من وقت أن يتم الما قول عمله وىكسب الشئ المصنوع كل مقوماته الذاتية ، أى من وقت أن يصبح الخشب مكبا أو مكتبة أو أثاثا فى حالة التعاقد مع نجار أو من وقت أو يصبح القماش ثوبا تام الصنع فى حالة التعاقد مع حائك وهكذا.

واختيار الما قول للمادة التى يقدمها يستوجب التزامه بالشروط والمواصفات المتفق عليها بشأن هذه المادة ، فإذا لم تكن هناك ثمة شروط أو مواصفات ، وجب على الما قول أن يتوخى فى اختيار المادة أن تكون وافية بالغاية المقصودة منها والتى تتفق مع الظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعد له وعلى هذا نصت المادة ١/٤٤٧ مدنى بقولها^(١):

" يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ، أو الغرض الذى أعد له ، وىضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده " .

وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة المادة من حيث جودتها . ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم الما قول بأن يقدم مادة من صنف متوسط وعلى هذا تنص الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ مدنى بقولها : " وىكفى أن يكون المحل معين بنوعه فقط إذا تضمن

(١) قدرى الشهاوى ص ١٠٠ وما بعدها .

العقد ما يستطيع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط " .

وتسرى في ضمان العيوب الخفية الأحكام الملائمة لطبيعة عقد الاستصناع ، وهى أحكام عقد البيع . وقد عرضنا هذه الأحكام عند تناول عقد القرض في المجلد الثاني فتحيل إليها في هذا الصدد (راجع المجلد الثاني بنود ١٨٩ وما بعده) .

٤٢- التزام رب العمل بتقديم مادة العمل :

تنص المادة ٦٤٩ مدن على أن :

" ١- إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاتل أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها وأن يودى حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها . فإذا صار شئ من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية ، التزم برد قيمة هذا الشئ لرب العمل العمل .

٢- وعلى المقاتل أن يأتى بما يحتاج إليه فى إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية ويكون ذلك على نفقته . هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره " .

فقد نظمت هذه المادة مسئولية المقاتل عن المادة التى يقدمها له رب العمل ، إذا كان رب العمل هو المنوط به - طبقا للعقد - تقديم المادة إلى المقاتل .

وهذه المادة تلقى على عاتق المقاتل عدة التزامات إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة اللازمة لأداء العمل، وتخلص هذه الالتزامات فيما يأتى :

(أ) - المحافظة على المادة المسلمة إليه :

يلتزم المقاول بالمحافظة على المادة المسلمة إليه لاستخدامها في العمل، سواء كانت هذه الأشياء قيمة أم مثلية ، وهذا الالتزام يتطلب منه أن يحرص عليها ، بأن يتخذ الإجراءات والاحتياطات الكفيلة بمنع تلفها أو ضياعها ، فإذا قدم عميل قطعة من القماش إلى حائط ليخيطها ثوبا ، أو قدم كمية من الأخشاب إلى نجار ليصنع منها أثاثا ، فإن كل من الحائك والسنجار يلتزم بالمحافظة على ما سلم إليه ، ويقتضى ذلك أن يضعه في مكان أمين لا يصل للصوص إليه ، وأن يحرص على منع تلفه بفعل العتة أو السوس ، بوضع المبيدات الكيميائية ^(١).

وإذا احتاج الحفظ إلى نفقات تحملها المقاول ، لأنها تعتبر جزءا من النفقات العامة التي أدخلها في حسابه عند تقدير الأجر ^(٢).

والالتزام المقاول بالمحافظة على المادة المسلمة إليه ، التزام بوسيلة ، فلا يتطلب منه سوى أن يبذل قدرا معينا من العناية في سبيل هذه المحافظة ، ولما كان التزام المقاول بالمحافظة ليس مقصودا لذاته ، وإنما هو التزام تابع لالتزامه بالعمل ، وكان هذا العمل يتم في مقابل أجر وليس مجانا ، فإن المقاول يلتزم بأن يبذل في المحافظة عناية الشخص المعتاد ^(٣).

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٦ وما بعدها .

(٢) السنهوري ص ٩١

(٣) محمد شنب ص ٩٧

فإذا قصر الما قول في بذل هذه العناية ، وترتب على ذلك أن تلفت المادة المسلمة إليه من رب العمل ، أو أصبحت غير صالحة للاستخدام في العمل المطلوب ، أو ضاعت أو سرقت ، فإنه يكون مسئولاً عن هذا التلف أو الضياع ، ويلتزم بأن يرد قيمة هذه المادة إلى رب العمل ، وفضلاً عن ذلك يلتزم بتعويضه وفقاً للقواعد العامة في المسئولية العقدية ^(١).

ولما كانت مسئولية الما قول في هذا الصدد مسئولية عقدية ، فإنه يقع على عاتق رب العمل عبء إثبات تلف المادة أو ضياعها أو هلاكها . فعليه أن يثبت أن الما قول لم يبدل في حفظ المادة عناية الشخص المعتاد ، وأن هذا الإهمال هو الذى ترتب عليه تلف الشئ أو ضياعه أو هلاكه . ولكن ظروف الحال قد تسمح باستخلاص قرينة قضائية على هذا الإهمال تعفى رب العمل من عبء إثبات خطأ الما قول ، وتسهل له الوصول إلى حقه ، ذلك أن وجود الشئ تحت يد الما قول يجعل من الصعب على رب العمل معرفة السبب الذى أدى إلى تلفه أو ضياعه ، ولكن هذه القرينة إن وجدت فإنها تكون قرينة بسيطة يستطيع الما قول دحضها بإثبات أن التلف أو الضياع لم ينشأ عن خطئه وذلك إما بإثبات انتفاء الخطأ عن جانبه ، لئذله في المحافظة على الأشياء المسلمة له العناية المفروضة عليه وهى عناية الشخص المعتاد ، وإما بإثبات أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي عنه ^(٢).

(١) محمد ليب شنب ص ٩٨ .

(٢) محمد ليب شنب ص ٩٨ - السنهاورى ص ٩٣ .

(ب) - مراعاة أصول الفن في استخدامه للمادة :

يلتزم المقاتل بمراعاة أصول الفن في استخدامه للمادة المسلمة إليه من رب العمل . وذلك بأن يعمل الأصول الفنية والعرف الجارى في شأنها فإذا سلم شخص صاحب مطحن كمية من الحبوب لطحنها ، فلا يجوز له أن يضعها في آلة الطحين عقب طحن نوع آخر من الحبوب ، إذا كان من شأن ذلك أن يتغير مذاقها . وإذا سلم شخص سيارة إلى ميكانيكى لإصلاحها ، وكان الإصلاح يستغرق زمنا طويلا ، فعلى الميكانيكى أن يحرص ألا تصاب إطاراتها أو بطارياتها بتلف من جراء عدم الاستعمال مدة كبيرة^(١).

ويجب على المقاتل أن يتجنب في استعمال المادة الإفراط أو التفريط . وهذه تقتضى أن يستعمل من المادة المسلمة إليه القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب دون نقص أو زيادة^(٢).

(ج) - تقديم حساب لرب العمل :

يلتزم المقاتل بعد إنجاز العمل المعهود به إليه أن يقدم حسابا لرب العمل عما استعمله من المادة المسلمة إليه ، وأن يرد إليه الباقي منها ، فإذا سلم العميل إلى المقاتل قطعة من القماش لحياكتها بدلة ، ثم تبقى جزء من القماش التزم المقاتل برد هذا الجزء الباقي إلى العميل .

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٧ .

(٢) محمد عبد الرحيم عنبر ص ١١٩ .

(د) - إخطار رب العمل بالعيوب الموجودة بالمادة :

إذا تكشف للمقاول أثناء تنفيذ العمل المعهود به إليه أن بالمادة ثمة عيوب وأنها لا تصلح لتنفيذ العمل المذكور، كما إذا كان القماش الذى تسلمه لحياكة بدلة به عتة أو عيوب أخرى، تعين على المقاول إخطار رب العمل فوراً بذلك . وإلا كان مسئولاً عن تعويض رب العمل عما يحدث له من ضرر نتيجة لذلك .

وإذا كان لا يمكن للمقاول مثله أن يكشف العيب، فإنه لا يكون مسئولاً، وكانت المادة ٨٩١ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على ذلك بقولها : " لا يكون العامل أو الصانع مسئولاً قبل رب العمل عن إغفال الإخطار المنصوص عليه فى المادة ٨٦٩ إذا كان ما ظهر فى أثناء التنفيذ وبسببه من عيوب فى المادة ، بحيث ما كان يستطيع عامل مثله أن يعلم بها " . إلا أن النص سقط من مجموعة الأعمال التحضيرية .

وإذا قامت ظروف من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة، كان المقاول ملزماً بإخطار رب العمل فوراً بهذا العائق ، وإلا كان مسئولاً عن الأضرار التى تنجم عن إهماله فى هذا الإخطار . وكانت المادة ٨٦٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على ذلك بقولها :

" ١ - إذا حدثت أو ظهرت أثناء العمل عيوب فى المادة التى قدمها رب العمل ، أو قامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة . وجب على المقاول أن يحظر فوراً رب العمل بذلك . ٢ - فإذا

أهم في الإخطار ، كان مسئولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج" -
إلا أن هذه المادة حذفت في لجنة المراجعة . "اكفاء بالقواعد العامة" .
وهذا النص في الواقع يعد تطبيقا لهذه القواعد^(١) .

٤٢. مسؤولية الما قول مسؤولية عقدية :

واضح مما سلف أن مسؤولية الما قول قبل رب العمل هي مسؤولية
عقدية ، سواء تعلق ذلك بمسؤوليته عن الإهمال في المحافظة على المادة
المسلمة إليه من رب العمل أو عدم مراعاة أصول الفن في استخدامه لها ،
أو عدم رده الجزء المتبقى من المادة ، أو مخالفته واجبا من الواجبات الملقاة
على عاتقه ، وكذلك مسؤوليته عما يرتكبه العمال الذين يستخدمهم
لمعارضته في العمل ، إذ يكون مسئولا عنهم مسؤولية المتبوع عن أعمال
التابع ، فهذه المسؤولية ليست مسؤولية تقصيرية .

٤٣. تنفيذ العمل في المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة :

يلتزم الما قول بإتمام العمل الموكل إليه في المدة المتفق عليها بالعقد .
حتى لو أثبت الما قول أن المدة المحددة لم تكن كافية أصلا لإنجاز العمل إذ
أنه يكون مخطئا لقبول الالتزام بإنجاز العمل في هذه المدة غير الكافية .
فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة لانتهااء من العمل ، وجب أن
يتم العمل في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه .

وهذه المدة يراعى فيها طبيعة العمل ومدى ما يقتضيه من دقة ،
وإمكانات الما قول المعروفة لرب العمل ، وما جرى عليه عرف الحرفة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ١٣ .

والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية ، وليس التزاما ببذل عناية . فلا يكفي لإعفاء المقاول من المسؤولية عن القيام بالعمل أو عن التأخر في القيام به أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك . ولا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى سبب أجنبي عنه، كقوة القاهرة أو حادث فجائي أو خطأ رب العمل كمالو تأخر رب العمل في تسليم المقاول المواد الواجب استخدامها في العمل ، أو كان قد أدخل تعديلات على المواصفات المنصوص عليها في العقد، أو لم يتم بدفع الأقساط المتفق على دفعها في مواعيدها^(١).

ويجب ألا تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مسبقا بخطأ من المقاول ، وإلا كان مسئولاً بقدر هذا الخطأ^(٢).

ويعتبر حادثا مفاجئا الاثنيار الذى يلزم المقاول إعادة عمل الأساسات. ولكن لا يعتبر حادثا مفاجئا صعوبة التنفيذ كما إذا دعت قسوة الجو إلى تعطيل الأعمال ، أو كما إذا لم يستطيع المقاول الحصول على آلة كان قد وعد باستخدامها^(٣).

(١) محمد ليب شنب ص ٩٣ .

(٢) السنهورى ص ٩٦ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٤٨٩ .

جزاء الإخلال بالتزام المقاول بتنفيذ العمل : ٤٤ تطبيق القواعد العامة :

إذا أخل المقاول بالتزامه بتنفيذ العمل على النحو الذى أوردناه سلفا، بأن خالف مثلا الشروط والمواصفات المتفق عليها، أو لم يراع أصول الفن فى استخدام المواد المقدمة له من رب العمل، أو أظهر قصورا فى كفايته الفنية ، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامه، أو تأخر فى تنفيذ العمل دون سبب أجنى . فإنه يكون مسئولا قبل رب العمل، وتسرى القواعد العامة فى هذا الخصوص، فيكون لرب العمل أن يطلب التنفيذ العيى أو يطلب فسخ العقد ، مع التعويض فى الحالتين . ونعرض لذلك بشئ من التفصيل فيما يلى :

٤٥ (أ) التنفيذ العيى :

تنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدنى على أنه : " ١ - يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عيىا، متى كان ممكنا .

٢ - على أنه إذا كان فى التنفيذ العيى إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما" .
فيجوز لرب العمل طلب التنفيذ العيى إذا كان ممكنا . فإذا كان تنفيذ العمل غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المقاول نفسه ، بأن تكون شخصية المقاول قد روعيت فى العقد كعمل تصميم أو رسم لوحه أو إجراء عملية جراحية ، فلا سبيل لإجبار المقاول على التنفيذ إلا عن طريق الالتجاء إلى الحكم عليه بغرامة تهديدية (م/٢١٣/ مدنى) .

أما إذا كان تنفيذ الالتزام عينا يمكننا دون تدخل المفاوض، جاز لرب العمل أن يطلب ترخيصا من القضاء في القيام بالتنفيذ على نفقة المفاوض (م ١/٢٠٩ مدني) ، كما لو كان العمل المتعهد به بناء دار أو صنع شيء أو إصلاحه ، فيحوز للقضاء أن يرخص لرب العمل بالتعاقد مع مفاوض آخر يقوم به . فإذا فعل التزم المفاوض للمحل بالتزامه بنفقات هذا العمل ، ولو كانت قد تجاوزت النفقات المتفق عليها بالعقد الأول .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " القضاء بتنفيذ العقد تنفيذا عينا على نفقة المفاوض عملا بالمادة ٢٠٩ من القانون المدني موداه عدم استحالة تنفيذ العقد وبقاؤه نافذ الأثر بين طرفيه فيتحمل المفاوض تبعته ويحاسب على نتيجته لا بالنسبة لما أممه من أعمال فحسب بل بالإضافة إلى ما قد يكون رب العمل قد قام به من أعمال مكتملة للأعمال المتفق عليها في العقد، ذلك أن الأوضاع لا تستقر بين طرفي العقد إلا بعد المحاسبة على الأعمال التي قام بها المفاوض وما عسى أن يكون رب العمل قد أممه على أساس التنفيذ العيني للعقد " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٢٨ في جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥)

٢- (أ) - " يجوز في عقد المفاوضة الاتفاق على أن يحل رب العمل نفسه محل المفاوض المتخلف أو القاصر في تنفيذ الالتزام أو يعهد بتنفيذه إلى شخص آخر ويتم هذا الإجراء على حساب ذلك المفاوض وتحت مسؤوليته فيتحمل تبعته ويحاسب على نتيجته لا بالنسبة لما أممه من أعمال فحسب بل بالإضافة إلى ما قد يكون رب العمل قد قام به من أعمال مكتملة

للأعمال المتفق عليها في العقد ، ذلك أن الأوضاع لا تستقر بين طرفي العقد إلا بعد المحاسبة عن الأعمال التي قام بها المقاتل وما عسى أن يكون رب العمل قد أتته على أساس التنفيذ المين للعقد .

- (ب) - " لما كان البين من الاتفاق للمرم بين الطرفين أنه قد نص في بند من بنوده على أنه " إذا تبين للشركة الطاعة أن معدل سير العمل لا يشير بالنه في المواعيد المقررة فلها الحق في سحب كل أو جزء من العمل من الماطعون ضده وتشغيله بمعرفة أو إسناده إلى آخرين وذلك دون أى اعتراض منه مع التزامه بكافة فروق الأسعار علاوة على ما يترتب على ذلك من مصاريف ومخاطر مع حفظ حقها في المطالبة بالتعويضات اللازمة نتيجة للأضرار التي تلحق بها نتيجة لهذا التأخير " وكانت الشركة الطاعة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأنها سحبت العملية من الماطعون ضده وأنها على نفقة تطبيقا للاتفاق المرم بينهما وأسفر ذلك عن مديونية لها ، إلا أن الحكم الماطعون فيه لم يظن لهذا الدفاع الجوهرى وقضى للمتطعون ضده بالمبلغ المحكوم به الذى احتسبه الخبير المتدب من المحكمة الاستئنافية عن الأعمال التي قام بها الماطعون ضده فحسب ودون تحقيق دفاع الطاعة سالف البيان مما يجب الحكم بالتصوير المبطل الذى حره إلى الخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٨٥٧١ لسنة ٦٦ في جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٢)

٣- " لما كان واقع الدعوى أن الطاعة قد اتفقت مع الشركة الماطعون ضدها الثانية بموجب عقد مقاوله مؤرخ ١٩٨٤/٢/٧ وللقدم صورتها

منها أمام محكمة أول درجة على أن تقوم الشركة المطعون ضدها الثانية بإنشاء العمارات المبنية بالعقد لصالح الطاعنة وتضمن البند الثامن منه التزاما عليها هو القيام بالعمل المتفق عليه بنفسها وحظر عليها أن تسند تنفيذه في جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن وإلا كان الجزاء الفسخ ، ولعدم قيام المقاول الأصلي بتنفيذ العملية في الميعاد المتفق عليه في العقد فقد سحبت الطاعنة العملية منه بعدما أذرته رسميا بذلك وتحفظت على المنقولات الموجودة بالموقع والملوكة له ضمانا لحقوقها قبله، وإذ لم يطبق الحكم العقد آنف الذكر على موضوع النزاع رغم وجوب إعماله وطبق عقد المقاول من الباطن والذي لم تكن الطاعنة طرفا فيه وخلص إلى أن المنقولات الموجودة بالموقع ملكا للمطعون عليه الأول- المقاول من الباطن - وقضى له بتسليمها فضلا عن مبلغ التعويض فإنه يكون مشوبا بالقصور في التسبب مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم ٥٥٩١، ٥٦٠١ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٩/١/٢٧) (١)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " إذا كانت الجمعية التعاونية لبناء المساكن لم تعلن- وقت إبرامها عقد المقاول - أنها تتعاقد مع المقاول نيابة عن أعضائها وكان لا يرد في نصوص العقد ما يفيد وجود نيابة صريحة أو ضمنية بينها وبينهم فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها فإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه برفض الدفع بعدم قبول دعوى أحد أعضاء الجمعية قبل المقاول لرفعها من غير ذي صفة، على أن العقد قد أبرم في حدود نيابة الجمعية عن أعضائها وأن ما ينشأ عنه من حقوق والتزامات يضاف إليهم فإنه يكون قد استخلص من-

«العقد ما لا يمكن أن يؤدي إليه مدلول عباراته وقد جره ذلك إلى خطئه في تكييف العلاقة القانونية بين الجمعية وأعضائها فيما يختص بهذا التعاقد والخطأ في ترتيب آثار العقد» .

(ب) - " متى كان إعمال آثار عقد المفاوضة وفقا للقانون يؤدي إلى اعتبار الجمعية التعاونية وحدها صاحبة الحق في مطالبة المفاوض المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد وتعويض الأضرار الناتجة عن الإخلال بتلك الالتزامات فإنه لا يجوز قبول دعوى أحد أعضاء الجمعية بطلب هذا التعويض إلا إذا ثبت أن حق الجمعية في طلبه قد انتقل إليه بما ينتقل به هذا الحق قانونا إذ لا تقبل الدعوى إلا من صاحب الحق المطلوب الحكم به ولا يكفي لاعتبار هذا العضو مالكا للحق وذا صفة في التداعي بشأنه مجرد إقرار الجمعية له بهذا الحق إذ يجب ثبوت أنه اكتسبه بإحدى الطرق المقررة في القانون لكسبه " .

(طعن رقم ٢٧٧ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩)

٢- (أ) " مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدنى أنه في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفا في العقد وأن المنتفع إنما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشترط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعا فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصا مستقبلا أو يكون مستطاعا تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره "

(ب) - "جرى قضاء محكمة النقض على أنه متى كانت الجمعية (جمعية المساكن) لم تعلن وقت إبرام العقد أنها تعاقدت - مع المفاوض - نيابة عن أعضائها ، وكان لا يوجد في نصوص العقد ما يمكن أن يفيد وجود نيابة صريحة أو ضمنية فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها ومن ثم تكون الجمعية -

ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة الماقل
دون ترخيص من القضاء (م ٢٠٩/٢ مدق) ، كما لو كان العمل ترميم
منزل آيل للسقوط أو إصلاح آلة تهدد بالانفجار .
وهذا لا يخل بحق رب العمل في طلب التعويض عما أصابه من ضرر
كما سرى .

٤٦ (ب) - فسخ العقد :

تنص المادة ١٥٧ مدق على أنه : " ١ - في العقود الملزمة للجائين ، إذا
لم يوف أحد المتعاقدين بالترامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن
يطلب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى .
٢ - ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ،
كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية
بالنسبة إلى الالتزام في جملة " .

ومن ثم فإنه يجوز لرب العمل بدلا من طلب التنفيذ العيني لالتزام الماقل
أن يطلب فسخ العقد . ويخضع الفسخ لتقدير القاضي . فللقاضي أن
يقضى به إذا رأى أن إخلال الماقل بالعقد جسيما ، وله أن يمهله حتى
يقوم بتنفيذ الترامه ، وللماقل أن يعرض قبل القضاء بالفسخ أن ينفذ

"وحددها هي صاحبة الحق في مطالبة الماقل بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا
العقد وبالتالي لا يجوز قبول دعوى عضو الجمعية بطلب ذلك إلا إذا أثبت أن
حق الجمعية قد انتقل إليه بما يتقل به الحق قانونا " .

(طعن رقم ٥٣٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩)

التزامه ، فلا يقضى بالفسخ . وسواء طلب رب العمل التنفيذ العيني أو الفسخ ، فإنه يجوز له المطالبة بالتعويض .

غير أنه يشترط للقضاء بالتعويض حصول ضرر لرب العمل . ويقع على عاتق رب العمل إثبات هذا الضرر ، إلا إذا كان متفقا عليه في العقد (الشرط الجزائي) ، وحينئذ لا يجوز للقاضي تخفيض التعويض إلا إذا أثبت الما قول أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه (م ٢/٢٢٤ مدني) .

ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت الما قول أن رب العمل لم يلحقه أى ضرر (م ١/٢٢٤ مدني) .

وقد قضى بأنه إذا تأخر المهندس في إعداد الرسومات اللازمة لعمل معين ، وترتب على هذا التأخر أن حرم رب العمل من جائزة كان يحصل عليها لو أن المهندس وفى بالتزامه ، كان هذا الأخير مسئولاً عن هذا الضرر^(١) . وقد يكون الضرر أدبياً وقد قضى بأن :

إذا تعهد ماقول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها ، وتأخر في ذلك ثم لم يقم إلا ببعضه لاشك يعتبر الضرر متوافراً ، لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشعائر والتأمين الذي أخذته من المتعهد ضماناً لعدم التأخير يصبح حقاً مكتسباً لها كما شرط في التعهد^(٢) .

(١) جرينويل ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ - مشار إليه بالسهنورى ص ١٠٠ هامش (٣) .

(٢) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المخامة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ١- متى كان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التي أقامها المقلول - الطاعن - بطلب تعويض عن استعمال المظعون عليه أدوات وآلاته بعد سحب العملية منه قد أقام قضاؤه على أن " المظعون عليه إنما اضطر إلى سحب العملية منه بعد أن تأخر في تنفيذ ما التزم به رغم إنذاره أكثر من مرة بوجوب إنجاز العمل في الميعاد المتفق عليه ورغم إهماله في ذلك مرارا وأنه بعد أن سحب المظعون عليه العملية منه وانسحب الطاعن الترخيص له في إتمام العمل في فترة جددتها قبل المظعون عليه التماسه على أن لا يعد هذا القبول تنازلا منه عن قرار السحب السابق وأن الطاعن استأنف العمل على هذا الأساس دون اعتراض من جانبه " .

وكان العقد المزمع بين الطرفين قد نص في بند منه على أنه في حالة سحب العمل يكون للمظعون عليه الحق في حجز كل أو بعض الآلات والأدوات التي استحضرها الطاعن واستعملها في إتمام العمل دون أن يكون مسؤولا عن دفع أي أجر عنها . فإن النعي على الحكم مخالفة لقانون العقد والقصور في التسبب يكون على غير أساس " .

(ب) - " متى كان العقد المزمع بين الطرفين قد أوجب في بند منه على المقلول - الطاعن - أن ينتهي جميع العمل المنوء عنه في العقد في الوقت المتفق عليه وإلا كان للمظعون عليه توقيع الغرامات حسب الفئات المنصوص عليها في ذلك البند وأن هذه الغرامات توقع بمجرد حصول التأخير . وكان الطاعن قد تأخر في نهو العمل في الميعاد المتفق عليه أولا في العقد ثم تباطأ في إنجازها رغم إهماله في إتمامه أكثر من مرة مما اضطر المظعون عليه

إلى سحب العملية منه ثم قبل الطاعن الاستمرار في العمل على حسابه بعد قرار السحب المذكور فإن المطعون عليه يكون على حق في احتساب غرامة التأخير عليه .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٤/٥)

٤٧ قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو متاف للعقد :

تنص المادة ٦٥٠ من التقنين المدني على أن : "١- إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو متاف للعقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له . فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة ، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة ٢٠٩ .

٢- على أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً .

فهذه المادة تكفل لرب العمل عدم الانتظار إلى نهاية مدة عقد المقاول حتى يستعمل حقه في طلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين، بل تحولت له متى رأى أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو متاف للعقد أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له توقيع الجزاء دون أن يهمل للمقاول إلى نهاية المدة .

ومثال ذلك أن يلاحظ رب العمل أن المقاول قد أحل ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها بأن لم يدعم مثلاً الأساس أو لم يصل به إلى العنق الكافي أو لم يعمل الجدران في السمك المتفق عليه ، أو لاحظ أن

السنجر الذى يصنع الأثاث المطلوب لميراع أصول الصناعة فى صنع
الوحدات الأولى من الأثاث أو استخدم خشبا فى هذه الوحدات غير
المتفق عليه أو من صنف أقل جودة .

وقد ميز النص بصدد تدخل رب العمل إذا ثبت أثناء سير العمل أن
المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، بين فرضين نعرض لهما
فيما يلى :

(الفرض الأول) أن يكون إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب ممكنا :

إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب ممكنا ، كما إذا أقام
مقاول البناء الأساس على عمق أقل من الواجب أو أقام حائط الدور
الأول بسمك أقل من الواجب وجب على رب العمل إنذار المقاول بأن
يصلح من طريقة التنفيذ ، وليس له المبادرة إلى طلب الفسخ مادام العيب
من الممكن إصلاحه، إذ يكون المقاول غافلا عن العيب فيحرق تنبيه رب
العمل لتلافيه بأن يضرب له أجلا لإصلاح العيب فإذا انصاع المقاول
لتنبيه رب العمل، وأصلح العيب فى الأجل المحدد ، فإن له المضى فى العمل
على الوجه الصحيح ، ولا سبيل عليه لرب العمل^(١).

وليس للإنذار شكل خاص فيحوز أن يكون بإعلان على يد محضر أو
بخطاب موصى عليه أو حتى شفاهة، وإنما يقع على عاتق رب العمل عبء
إثباته . وإنذار المقاول بضرورة الرجوع إلى الطريقة الصحيحة فى تنفيذ
العمل، ليس بمجرد رخصة لرب العمل، إن شاء استعملها، وإن شاء أهملها، بل

إن رب العمل يلتزم القيام بهذا الإنذار، متى ثبت له أن هناك عيوباً في طريقة التنفيذ أو منافاة للعقد ، فذلك ما يوجهه حسن النية في تنفيذ العقود من تعاون بين الطرفين لكي يتم التنفيذ مطابقاً لما هو متفق عليه . فقد يكون المفاوض معتقداً أنه ينفذ التزامه تنفيذاً صحيحاً . فإذا أهمل رب العمل في إخطاره بما في طريقة التنفيذ من عيوب ، أو تعمد أن يسكت ، وترتب على ذلك أن جاء العمل غير مطابق لما هو متفق عليه ، فإن رب العمل لا يستحق تعويضاً عن الأضرار التي كان يمكن تجنبها لو أحظر المفاوض في حينه بما في طريقة التنفيذ عيوب ، أو مخالفة لمواصفات العقد^(١) .

أما إذا رفض المفاوض تعديل طريقة التنفيذ، أو ترك الأجل المعين لذلك بمضي دون أن يرجع إلى الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يلجأ إلى القضاء إما بطلب التنفيذ العيني أو بطلب فسخ العقد . فبالنسبة لطلب التنفيذ العيني إذا رأى القاضى أن التنفيذ الذى يجريه المفاوض معيباً قضى بإلزامه بإصلاح العيب ، وبالتعويض إن كان له محل .

كما يجوز لرب العمل في هذه الحالة أن يطلب من القاضى ترخيصاً في إصلاح العيب أو في إنجاز العمل كله على الوجه الصحيح ، بواسطة مفاوض آخر على نفقة المفاوض الأول إذا كان هذا ممكناً بالتطبيق للفقرة الأولى من المادة ٢٠٩ مدنى التى تجرى على أن : " فى الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً " . كما يجوز للقاضى القضاء لرب العمل بالتعويض عما أصابه من أضرار .

(١) محمد ليب شنب ص ٩٢ - السهنورى ص ١٠٦ هامش (١) .

كما يجوز عملاً بالفقرة الثانية من المادة المذكورة ، في حالة الاستعجال أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المدين ، دون ترخيص من القضاء ، مثال ذلك أن تكون مهمة المقاول ترميم منزل آيل للسقوط ، أو مهمة الحائك حياكة ثوب زفاف لعروس حدد له موعداً ، فأوشك حلول الموعد . وبالنسبة لطلب الفسخ ، فإن الفسخ يخضع في القضاء به لتقدير القاضي طبقاً للقواعد العامة . وإذا قضى به كان لرب العمل التحلل من دفع الأجر . كما يجوز له طلب التعويض إذا كان له محل . ويشمل التعويض قيمة المسود التي قدمها للمقاول لاستخدامها في العمل وتعذر ردها إليه بالحالة التي سلمت عليها .

(الفرض الثاني): أن يكون إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً: إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً ، ولو كانت المدة المحددة أصلاً لتنفيذ العقد لم تنقض بعد ، كما إذا سلم شخص إلى حائك قطعة من القماش ليحيكها حلة له فأتلفها ، أو عهدت إليه عروس بحياكة فستان للزفاف وقد تم الزفاف ، أو كما إذا أقام مقاول البناء المبنى وعلا بالأدوار الأولى منه على خلاف المواصفات والتصميم الموكول إليه تنفيذه مما لا يمكن معه تدراك هذا الخطأ ، لأن الأدوار التالية ستكون على غرار الأدوار الأولى معيبة .

ففي الصور السالفة ، يجوز لرب العمل أن يطلب القضاء بفسخ العقد والتعويض ، لأنه لا جدوى من إلزام رب العمل بالانتظار حتى ينقضي الموعد

المحدد في العقد لانتفاء التنفيذ ، مادام قد ثبت على وجه اليقين أن المفاوض لن يستطيع تنفيذ العمل المطلوب وفقا لما هو منصوص عليه في العقد .

٤٨ - تأخر المفاوض في تنفيذ العمل تأخرا لا يرجى تداركه :

قد يتأخر المفاوض في بدء تنفيذ العمل الموكول إليه أو يبدأ فيه دون تأخير ولكنه يتباطأ في تنفيذه ، بحيث يكون الواضح أنه لا يرجى مع هذا التأخير إنجاز العمل في الأجل المتفق عليه ، أو في المدة المعقولة، إذا لم يتفق على أجل لتنفيذه. ومثال ذلك أن يتفق مؤلف مع مطبعة على أن تنجز طبع مؤلفه في ميعاد معين ، أو يتفق عارض مع مفاوض على أن ينجز صنع أشياء لعرضها في معرض معروف تاريخ افتتاحه فيكون هناك اتفاق ضمني على أن المفاوض ينجز العمل قبل افتتاح المعرض .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على حكم هذه الحالة في المادة ٨٧٠ من المشروع ، وكانت تجرى على أن : " إذا تأخر المفاوض في أن يبدأ العمل أو في أن ينجزه تأخرا لا يرجى معه مطلقا أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أن هذا الحكم يخالف القواعد العامة ، التي لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلا " ، ولكن حذف النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة " (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ١٤ الهامش - وقد جاء بمذكرة .

فيحق لرب العمل أن يطلب فسخ العقد وتعويض ما أصابه من أضرار، ولو أن الموعد المحدد للانتهاء من العمل لم ينقض بعد . ولا شك أن هذا الرأي يتفق مع المنطق ، فما دام من المؤكد أن المفاوض لن ينفذ التزامه في موعده ، وبالتالي أنه سيكون لرب العمل الحق في فسخ العقد والتعويض عندما يحل هذا الموعد دون تنفيذ ، فلا يكون هناك أى مبرر لإلزام رب العمل بالانتظار حتى يحل الموعد المحدد أصلا للتنفيذ^(١).

" اقتبس المشروع هذا النص عن تقنين الالتزامات السويسرى (٣٦٦ فقرة أولى) والتقنين البولونى (٨٨٤م) والتقنين الفرنسى (٨٧٠م) والتقنين اللباني (٦٦١)، وهو يميز لرب العمل فسخ العقد إذا تأخر المفاوض في إنجاز العمل تأخرا لا يرجى معه مطلقا أن يتمكن من القيام به في المدة المتفق عليها والتقنين الأسبانى (٦٣٦م) يقصر هذا الجزء على حالة عدم احترام الأجل المتفق عليه ، أما المشروع فهو يميز الفسخ حتى قبل مرور الأجل، إذا تبين أنه لا أمل مطلقا في إنجاز العمل في المدة المتفق عليها . وقد أخذ التقنينان اللاتينى والجرمانى هذا المسبدا عن التقنين الأنجلو سكسونى ، وخاصة عن التشريع الأمريكى المنظم لأحكام العقود الصادرة في سنة ١٩٣٢، وهو يسمح بطلب الفسخ مقدما إذا تأخر المفاوض في تنفيذ التزامه لدرجة يصبح معها ثابتا أو محتملا جدا أنه لن يتمكن من إتمامه في الميعاد فيكون بذلك قد أدخل مقدما بالتزامه . وهذا الحكم يخالف القواعد العامة التى لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلا " . مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ١٤ الهامش " .

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٥ - ويذهب الدكتور السهورى ص ١٠٩ إلى أنه : " وإذا شئنا أن نستند إلى نص ، أمكن أن نقرب هذه المسألة من المسألة التى عرضت لها الفقرة الثانية من المادة ٦٥٠ مدنى حين تقول " على أنه يجوز =

وقد ذهب البعض إلى أنه ليس صحيحا ما ورد بمذكرة المشروع التمهيدى من أن الحكم المحذوف يخالف القواعد العامة . وأنه يجب الأخذ به بالرغم من حذفه ^(١).

حقا إن الإخلال بالالتزام العقدى لا يتحقق إذا لم يكن الموعد المحدد لتنفيذه قد حل ، ولكن تنفيذ العقود يجب أن يتم بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م ١/١٤٨ مدنى) ، وحسن النية يوجب على المفاوض أن يبدأ فى تنفيذ العمل فى وقت يسمح له بالانتهاء منه فى الموعد المحدد لذلك، فإذا تأخر فى البدء فى العمل تأخرا لا يرجى معه إطلاقا ، بالنظر إلى طبيعة العمل ، وإلى إمكانيات المفاوض ، أن ينتهى التنفيذ فى الموعد المحدد لذلك، فإن هذا المسلك من جانب المفاوض يعتبر جحودا مبتسرا لعقده ، ويتضمن الإخلال بواجب مراعاة حسن النية فى تنفيذه لالتزامه ، بحيث يستأهل الجزاء المقرر للإخلال بالعقود، ولا يقتصر الجحود المبتسر على تأخير المفاوض فى بدء العمل ، بل يشمل أيضا حالة ما إذا صرح

"طلب فسخ العقد فى الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا " . ففى الحالتين ارتكب المفاوض خطأ لا يمكن تداركه ، فهو إما أن يكون قد نفذ العمل تنفيذا معيبا لا يمكن تداركه ، وإما أن يكون قد تأخر فى البدء به أو تأخر فى إنجازه بحيث لا يمكن إنجازه فى السيعاد فيكون التنفيذ هنا أيضا مشوبا بعيب لا يمكن تداركه . وقد رأينا أن هناك نصا صريحا (م ٢/٦٥٠ مدنى) فى إحدى الحالتين يميز لرب العمل أن يطلب الفسخ فورا ، فتقاس على هذه الحالة الحالة الأخرى " .

(١) السهنورى ص ١٠٩ - محمد لبيب شنب ص ٩٤ وما بعدها .

المقاول بأنه لن ينفذ العمل، أو إذا اتخذ مسلكاً من شأنه أن ينم عن نيته في عدم التنفيذ، أو أن يأتي بفعل من شأنه أن يجعل تنفيذ التزامه مستحيلاً. كما لو تعاقدت فرقة تمثيلية مع صاحب مسرح على تقديم بعض الروايات على مسرحه في خلال أسبوع معين ، وقبل حلول هذا الأسبوع تعاقدت مع صاحب مسرح آخر على التمثيل خلال الأسبوع نفسه، ففي هذه الحالة يجوز لرب العمل وهو صاحب المسرح أن يعتبر هذا المسلك جحوداً من الفرقة، وأن يفسخ العقد دون انتظار لحلول الموعد المحدد لتنفيذ العقد ، وذلك يتيح له أن يتعاقد مع فرقة أخرى وهو ما يكفل له ألا يبقى مسرحه بلا فرقة ، وهو ما يحدث له لو انتظر حلول موعد تنفيذ الفرقة الأولى^(١).

كما ذهب البعض إلى أن الإخلال بالالتزام قد حصل مقدماً وعلى وجه محقق ، كما تقول مذكرة المشروع التمهيدي ، فقد جاء بها : "فيكون بذلك قد أحل مقدماً بالتزامه " (٢).

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٥ وما بعدها - فتحيه قره ص ١٢٩ هامش (١) .

(٢) السنهوري ص ١٠٨ - فتحيه قره ص ١٢٩ .

(الالتزام الثانى)
(تسليم العمل محل المقابلة)

٤٩- المحل الذى يرد عليه التسليم :

المحل الذى يرد عليه التسليم فى عقد المقابلة هو ذاته العمل محل المقابلة أى العمل المطلوب إنجازه ، سواء أكان الما قول هو الذى قدم المادة ، أم أن رب العمل هو الذى قدمها .

وهو فى الحالتين يلتزم بتسليم العمل المتفق عليه ، بمقتضى التزام التسليم ناشئ عن عقد المقابلة . ويمكن أيضا فى الحالة الأولى أن يلزم بالتسليم فيما يتعلق بالمادة التى قدمها بموجب التزام البائع بتسليم المبيع إذا كان للمادة التى قدمها الما قول قيمة محسوسة ، إذ العقد يكون فى هذه الحالة مزيجا من المقابلة والبيع . أما فى الحالة الثانية وهى التى يقدم فيها رب العمل المادة فإن الما قول يلزم أيضا بردها بموجب دعوى الاسترداد ، إذ رب العمل يبقى مالكا للمادة^(١) .

ويلتزم الما قول أيضا بأن يرد إلى رب العمل ما تبقى من المادة التى قدمها رب العمل إن وجد ، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ مدنى - كما رأينا - على أن : " إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فعلى الما قول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يودى حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها " .

(١) السنهورى ص ١١١ - محمد كامل مرسى ص ٤٨٤ .

كذلك يلتزم المقاول بأن يرد إلى رب العمل المستندات والوثائق التي تكون قد أودعت لديه لحاجة العمل، كالمستندات المثبتة للملكية رب العمل الأرض التي أقيم البناء عليها، والرسومات الخاصة بهذا البناء. أو أى أدوات يكون قد تسلمها من رب العمل ولم يعد هناك داعيا لاحتفاظ المقاول بها .

٥٠- كيفية التسليم :

يكون تسليم العمل المتفق عليه، بوضع العمل تحت تصرف رب العمل، بحيث يستطيع الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق . ولا يشترط لتمامه أن يضع رب العمل يده فعلا عليه ، مادام المقاول قد أعلمه بذلك، إذ يجب في هذا المجال أن نفرق بين تسليم العمل وتسلمه، فتسليم العمل يتم بمجرد وضعه تحت تصرف رب العمل، فلا يحتاج إلى عمل يقوم به هذا الأخير ، أما تسلم العمل فهو التزام على رب العمل^(١).

وتختلف طريقة التسليم باختلاف العمل أو الشيء موضوع المقابلة . فالحائك يسلم صاحب الثوب يدا يده .

وكذلك النجار والصائغ والسباك وغيرهم من أصحاب الحرف . ومقاول البناء يسلم البناء بالتخلية بينه وبين صاحب العمل ووضعه إياه تحت تصرفه . وقد يتم ذلك بتسليمه المفاتيح. والمقاول الذي قام بصنع شيء أو تحويله ، أو إصلاحه ... إلخ يسلمه إلى صاحب العمل بوضعه تحت تصرف رب العمل على النحو السالف ذكره .

(١) محمد ليبب شنب ص ٩٩- محمد عبد الرحيم عنتر ص ١٤٩ .

وإذ قام المقاول بعمل لا تنتقل حيازة الشيء فيه من صاحب العمل ، كالسباك يصلح المواسير ، والنقاش يدهن الجدران ... إلخ فإن التسليم هنا يكون بتخلية السبيل أمام صاحب العمل أو بوضع الشيء الذى تم العمل فيه تحت تصرفه لينتفع به .

٥١ - ميعاد التسليم :

يكون التسليم فى الميعاد المتفق عليه بين المتعاقدين فإذا لم يتفق على موعد لتسليم العمل ، ولكن وجد اتفاق على موعد لانهاء تنفيذ العمل، وجب إجراء التسليم فور هذا الانتهاء . أما إذا لم يحدد موعد لا للتسليم ولا لإنجاز العمل، وجب أن يتم التسليم فى موعد معقول ، يراعى فى تحديده طبيعة العمل ، وما يستغرقه عادة من الوقت ، وإمكانات المقاول المعلومة لرب العمل ، والغرض المقصود من المقولة إذا كان المقاول يعلم به ، كما يجب أن يراعى فى ذلك عرف المهنة .

وقد يستخلص هذا الميعاد من الظروف، فالشئ المصنوع لتقدمه فى مسابقة أو مناقصة أو لعرضه فى معرض يكون ميعاد تسليمه قبل حلول موعد المسابقة أو المناقصة أو قبل حلول افتتاح المعرض ، ولو لم يتفق المتعاقدان على ذلك صراحة ، كذلك إذا كان العمل هو تشييد مبنى لاستخدامه كجناح فى معرض ، فيجب تسليم هذا المبنى فى موعد سابق على اليوم المحدد لافتتاح المعرض ، بحيث تكون هناك فسحة من الوقت تتيح لرب العمل تنظيم وتنسيق هذا الجناح ووضع معروضاته فيه ^(١).

(١) محمد ليب شنب ص ١٠٠ - محمد عبد الرحيم غير ص ١٥٠ .

٥٢. حق المقاول في الحبس :

إذا حل ميعاد التسليم، وكان للمقاول أجر في ذمة رب العمل ، سواء كان الأجر كله أو جزءا منه ، ولم يقم رب العمل بدفعه إلى المقاول ، ولم يعرض الوفاء به، جاز لرب العمل في هذه الحالة أن يحبس العمل حتى يستوفي أجره طبقا للقواعد العامة في الحبس (م ٢٤٦ مدني) وفي الدفع بعدم التنفيذ (م ١٦١ مدني) .

وطبقا للقواعد العامة يلتزم المقاول بأن يسلم العمل ولو لم يستوف ما هو مستحق له قبل رب العمل، إذا قام هذا الأخير بتقلم تأمين كاف للوفاء بالتزاماته (م ١/٢٤٦ مدني) .

وحق المقاول في الحبس لا يتناول فقط الأشياء التي صنعها رب العمل بمواد من عنده ، بل يشمل أيضا كل ما سلمه رب العمل للمقاول لاستخدامه في إنجاز العمل، فيحق للمقاول أن يحبس المادة التي قدمها رب العمل لصنع الشيء المتفق عليه، سواء ما استعمل منها في الشيء أو ما بقي دون استعمال ، ويتناول أيضا المهمات والمستندات والوثائق والرسوم والنماذج والتصميمات التي يكون رب العمل قد سلمها للمقاول .

ولكن إذا اقتصر عمل المقاول على شيء في حيازة صاحبه ، كالسباك الذي يصلح المواسير والمقاول الذي يخفر مكانا أو يهدم حائطا، فليس للمقاول الحق في حبس هذا المكان لأن المكان لم يخرج من حيازة صاحبه. وللمقاول الاحتجاج بحق الحبس في مواجهة رب العمل وخلفه العام وخلفه الخاص وفي مواجهة دائني رب العمل العاديين والممتازين^(١).

(١) السنهوري ص ١١٣ .

وحق الحبس المقرر للمقاول حتى يستوفى أجره تسرى في شأنه القواعد العامة في الحق في الحبس . ولما كان حق الحبس غير قابل للتجزية ، فإنه يجوز للمقاول أن يحبس كل العمل حتى يستوفى أى جزء باق له من الأجر . وذلك ما لم يتفق على أن الأجر يدفع على أقساط بحسب ما يتم إنجازه من العمل ، فما تم إنجازه ودفع أجره لا يجوز حبسه ولا تجبس إلا الأجزاء من العمل التى تمت ولو لم يستوف المقاول أجرها . وإذا سلم المقاول الشيء محل المقاولة مختاراً انقضى حق حبسه . ويترتب على ذلك أن الصانع إذا سلم المصنوع لرب العمل ، ثم أعاده رب العمل للصانع لعمل إصلاحات فيه ، جاز للصانع أن يحبس في مقابل الأجر المستحق لهذه الإصلاحات الأخيرة ، دون الأجر المستحق لصنع الشيء ذاته فقد سقط حقه في الحبس لهذا الأجر بعد أن سلم المصنوع لرب العمل ^(١).

٥٣- مكان التسليم :

يكون التسليم في المكان المتفق عليه ، فإذا خلا عقد المقاولة من تحديد مكان التسليم، كان التسليم في المكان الذى يحدده عرف المهنة أو الصنعة .

وإذا انصرف التسليم إلى عقار كان التسليم في مكان العقار .

أما إذا كان التسليم واقعا على منقول سبق للمقاول أن تسلمه من رب العمل، فإنه يلتزم برده إليه في نفس المكان الذى تسلمه فيه ، أما إذا كان المنقول غير موجود وقت العقد كما لو كان المطلوب من المقاول صنعه، فيجب تسليمه في موطن المقاول، أو في المكان الذى يوجده فيه مركز أعماله إذا كان العمل يدخل ضمن هذه الأعمال، وهو الغالب (م ١/٣٤٧ مدنى).

(١) قدرى الشهاوى ص ١٤٣ .

٥٤- جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

إذا لم يتم المقاول بتنفيذ التزامه بالتسليم ، وذلك بوضع العمل تحت تصرف رب العمل في الوقت المحدد لذلك ، وفي المكان الواجب تسليمه فيه . كان لرب العمل - طبقاً للقواعد العامة - بعد إعداده المقاول إما طلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى . ونعرض لهاتين الحالتين فيما يلي .

(أ) - التنفيذ العيني :

لرب العمل أن يطلب التنفيذ العيني ، فيجبر المقاول على التسليم إذا كان هذا ممكناً وإذا كان التسليم يقتضي تدخل المقاول شخصياً ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التسليم ، وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك (م ١/٢١٣ مدني) .

وإذا كان يمكن الحصول على مثل المتفق عليه ، جاز لرب العمل أن يطلب ترخيصاً من القضاء في الحصول عليه على نفقة المدين (م ١/٢٠٩ مدني) . ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المدين ، دون ترخيص من القضاء (م ٢/٢٠٩ مدني) .

ولكن لا يجوز إجبار المقاول على تسليم العمل إلا إذا كان قد انتهى منه ، فقد يكون في تسليمه ناقصاً إضراراً بسمعة الفنان أو الأدبية ، وتقدير ما إذا كان العمل قد تم تنفيذه أم لا مسألة موضوعية ، يفصل فيها القضاء مستعيناً بأراء أهل الخبرة ، مع مراعاة أنه إذا كان العمل المطلوب من أعمال الفن كرسمة لوحة أو عمل تمثال ، أو كان عملاً أدبياً كالتأليف كتاب ، فإن الحكم الوحيد في مسألة انتهائه يكون هو الفنان

نفسه، بحيث لا يمكن أن يجبر على التسليم إذا كان غير راض عن عمله، معتقدا أن وضعه في يد الغير سيضر بسمعته الفنية أو الأدبية . أما إذا قرر الفنان بنفسه أنه انتهى من العمل وأعلن رضاه عنه ، فإنه يلتزم بتسليمه إلى رب العمل ، فإذا امتنع عن ذلك طمعا في زيادة أجره ، أو جريا وراء هوى ، فإنه يجبر على هذا التسليم ^(١) .

والالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية ، ومن ثم فإن مجرد عدم قيام المقاول بالتسليم يعتبر إخلالا منه بالالتزام فلا يطالب رب العمل بإثبات خطأ في جانب المقاول، فعدم التسليم في ذاته هو الخطأ . ولا تنتفى مسؤولية المقاول إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، أو إذا أثبت أن العمل قد هلك أو تلف وأنه بذل في المحافظة عليه عناية الشخص المعتاد لأن التزامه بالمحافظة على العمل التزام ببذل عناية ويكفى لاتفاء المسؤولية فيه أن يثبت أنه قام بالتزامه من بذل عناية الشخص المعتاد . وفي غير هذه الحالة الأخيرة يجب على المقاول أن يثبت السبب الأجنبي لينفى عن نفسه المسؤولية .

فإذا كان الإخلال بالالتزام هو مجرد التأخر في تسليم العمل بعد إعداد رب العمل بالتسليم، كان المقاول مسئولا عن تعويض رب العمل عن هذا التأخير ، ما لم يثبت أن هذا راجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي كما في حالة تأخر رب العمل في تسليم المواد اللازمة للعمل أو في دفع الأقساط المستحقة أو طلبه إدخال تعديلات اقتضت هذا التأخير . أما إذا كان

(١) السهورى ص ١١٥ وهامش (١) - محمد لبيب شنب ص ١٠٢ وما بعدها .

الإخلال بالالتزام مرجعه عدم التسليم أصلا ، فإن المَقاول لا يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي . فإذا لم يثبت ذلك ، وجب دفع التعويض كاملا . بينما إذا أثبت السبب انتفت مسؤوليته ^(١).

(ب) - الفسخ :

لرب العمل بدلا من طلب التنفيذ العيني أن يطلب فسخ العقد، ويلجأ رب العمل إلى الفسخ عادة إذا أصبح تسليم العمل مستحيلا، وحتى تبرا ذمته من الأجر المستحق للمَقاول .

ويخضع الفسخ لتقدير القاضى ، فهو غير ملزم بالقضاء به ، فقد يرى أن ما لم يسلمه المَقاول قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملة ، أو إذا كان التأخير فى التسليم طفيفا ولم يلحق برب العمل ضررا كبيرا ، فيقضى برفض طلب الفسخ .

وقد يرى القاضى إمهال المَقاول حتى يقوم بالتنفيذ العيني (م ١٥٧/٢ مدنى) وذلك كله طبقا للقواعد العامة فى الفسخ .

غير أن القاضى يكون ملزما بإجابة طلب الفسخ إذا اتفق فى العقد على الشرط المصرح بالفاسخ.

وللقاضى أن يحكم مع الفسخ بالتعويض عن الأضرار التى لحقت برب العمل .

٥٥- تبعة هلاك الشئ قبل التسليم :

تنص المادة ٦٦٥ مدنى على أن :

(١) السنهورى ص ١١٥ وما بعدها - قدرى الشهاوى ص ١٤٥ .

" ١ - إذا هلك الشئ بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بضمن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين .

٢ - أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يسلم الشئ ، أو كان هلاك الشئ أو تلفه قبل التسليم راجعا إلى خطئه . وجب عليه أن يعرض رب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة للعمل .

٣ - فإذا كان رب العمل هو الذى أعذر أن يتسلم الشئ ، أو كان هلاك الشئ أو تلفه راجعا إلى خطأ منه ، أو إلى عيب في المادة التى قام بتوريدها ، كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق فى الأجر وفى التعويض عند الاقتضاء " .

وهذه المادة تتناول حكم هلاك الشئ قبل التسليم وتعرض ثلاث صور:

الصورة الأولى :

هلاك الشئ بحادث فجائى :

أوردت حكم هذه الصورة الفقرة الأولى من المادة إذا هلك الشئ بسبب حادث فجائى ، ويأخذ حكم الحادث الفجائى القوة القاهرة . فليس للمقاول أن يطالب لا بضمن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين .

ومثال ذلك أن يتعاقد رب العمل مع نجار على صنع أثاث ، أو مع حائك لصنع ثوب ، وقبل أن يسلم النجار الأثاث أو يسلم الحائك الثوب ، احترق المكان فاحترق الأثاث أو الثوب ، أو سرق الأثاث أو الثوب ، وكان الحريق أو السرقة بقوة القاهرة ولم يثبت تقصير فى جانب المقاول ،

فالتبعة هنا يتحملها المقاول فيما قدمه من عمل ومادة . وإذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة فإنه يتحمل التبعة .

ويقع على عاتق المقاول عبء إثبات الحادث الفجائى أو القوة القاهرة.

الصورة الثانية :

هلاك الشئ بخطأ المقاول :

نصت على حكم هذه الصورة الفقرة الثانية من المادة . فإذا كان رب العمل قد أعذر المقاول أن يسلم الشئ فلم يتم بتسليمه ، أو كان هلاك الشئ أو تلفه راجعا إلى خطأ المقاول فإن الهلاك يكون على المقاول ولا يرجع بقيمة الشئ الذى قدمه ولا يأخذ أجرا على عمله ولا يسترد نفقاته . ويلزم بتعويض رب العمل عما أصابه من أضرار .

أما إذا كان رب العمل هو الذى ورد الشئ ، فإن المقاول لا يأخذ أجرا ولا يسترد نفقاته ، ويجوز لرب العمل الرجوع عليه بقيمة المادة وبالتعويض عما أصابه من ضرر .

فقد ساوى النص بين إعدار المقاول رب العمل لتسلم الشئ المتفق عليه ، وعدم استلامه له ، وبين الحالة التى يكون فيها الهلاك بخطأ من رب العمل .

الصورة الثالثة :

هلاك الشئ بخطأ رب العمل :

نصت على حكم هذه الصورة الفقرة الثالثة من المادة . فإذا كان المقاول قد أعذر رب العمل لتسلم الشئ فلم يتم باستلامه ، أو كان الهلاك بخطأ رب العمل ، كوجود عيب فى الشئ . فإن رب العمل

هو الذى يتحمل تبعة الهلاك . فإذا كان المقاول هو الذى ورد الشئ لرب العمل، فإن الأخير هو الذى يتحمل الخسارة الناجمة عن الهلاك، ويلتزم أجر المقاول ونفقاته.

وإذا كان رب العمل هو الذى قدم الشئ، فإنه يتحمل وحده قيمة الخسارة، ويلتزم دفع الأجر والنفقات كاملة إلى المقاول، ولا يرجع عليه بشئ.

٥٦- الهلاك بعد التسليم :

إذا وقع هلاك الشئ بعد تسليمه إلى رب العمل، فمعنى ذلك أن المقاول قد نفذ التزامه ، وبالتالي فإنه لا يكون هناك محل للكلام عن استحالة التنفيذ بالهلاك، أو انقساخ العقد ، ولذلك فإن تبعة الهلاك بعد التسليم تقع على رب العمل ، فيظل ملتزما بدفع أجر المقاول كاملا إن لم يكن قد وفاه بعد ، فإن كان قد دفعه فعلا ، فلا يجوز له استرداده ، كما لا يجوز له أن يرجع على المقاول بشئ^(١).

٥٧- إنتقال ملكية الشئ محل المقاولة إلى رب العمل :

إذا كان العمل المكلف به المقاول قطر سيارة معطلة أو تنظيف ثوب، أو عرض مسرحية ، فمن الواضح أنه لا يترتب على المقاولة إنشاء التزام بإعطاء على عاتق المقاول ، وبالتالي لا يترتب عليها نقل ملكية شئ إلى رب العمل .

(١) محمد لبيب شنب ص ١٠٩ .

كذلك إذا كان محل المقاولة صنع شئ من مواد قدمها رب العمل ، فإن هذه المواد تكون مملوكة ابتداء لرب العمل ، ولا يترتب على تنفيذ التزام المقاول نقل ملكيتها إلى رب العمل .

أما إذا اتخذت المقاولة صورة الاستصناع ، بأن قدم المقاول بالإضافة إلى عمله المواد اللازمة لصنع الشئ ، كالحائك الذى يحيك حلة بقماش من عنده ، فإنه يترتب على تنفيذ عقد المقاولة أن يصبح رب العمل مالكا للشئ محل المقاولة ، فيكون عقد الوكالة نافلا للملكية .

وقد انقسم رأى فى تحديد الوقت الذى ينتقل فيه محل المقاولة فى هذه الصورة إلى رب العمل . فذهب رأى إلى أن الملكية تنتقل إلى رب العمل متى وجد الشئ بتمام صنعه ، وتعين بذاته ، ودون أن يكون رب العمل قد عاين محل الوكالة وقبله أو تسلمه^(١).

وذهب رأى آخر إلى أن ملكية محل المقاولة لا تنتقل إلى رب العمل إلا من وقت تسليم الشئ إلى رب العمل^(٢).

وذهب رأى فى الفقه المصرى - نويده - إلى أنه إذا كان من الممكن أن تنتقل الملكية إلى رب العمل ابتداء من انتهاء صنع الشئ ، لوجوده فى ذلك الوقت معينا بذاته ، فإن تقرير انتقال الملكية فعلا فى هذا الوقت لا يمكن أن يكون نهائيا ، لأن رب العمل يستطيع أن يرفض الشئ إذا

(١) مدق أول أغسطس ١٩٥٠ دالوز ١٩٥١ - ٦٨ قسم الأحكام المختصرة -

مشار إليه فى مؤلف الدكتور محمد لبيب شنب ص ١١٣ .

(٢) عرائض ٢٠ مارس ١٨٧١ مشار إليه فى مؤلف محمد لبيب شنب ص ١١٤ .

وجده غير مطابق للمواصفات المتفق عليها، ولا يسقط حقه هذا إلا إذا قام بمعاينة الشيء وقبله، فابتداء من هذا الوقت لا يستطيع أن يرفضه ، وبالتالي يكون من الممكن أن تستقر لديه الملكية نهائيا، ولذلك فإنه يبدو أكثر اتفاقا مع طبيعة عقد الاستصناع ومع الأحكام المترتبة عليه، القول أن الملكية فيه تنتقل من وقت قبول رب العمل وليس من وقت انتهاء صنع الشيء ، ولكن متى تم هذا القبول انتقلت الملكية ، ولو لم يتم تسليم الشيء، إذ لا يضيف هذا التسليم أمرا له قيمة فيما يتعلق بانتقال الملكية ^(١).

(١) محمد لبيب شنب ص ١١٤ .

(الالتزام الثالث)

(الالتزام بالضمان)

٥٨ - تقسيم :

هناك أحكام عامة للضمان تسرى على كافة المقاولين ، وهناك أحكام خاصة لضمان المهندس المعماري والمقاول للمنشآت الثابتة التي يقومان بتشبيدها ، لما لذلك من أهمية خاصة . وستتناول أولا أحكام الضمان بوجه عام ، ثم تتناول الأحكام الخاصة بضمان المهندس المعماري والمقاول للمنشآت الثابتة التي يقومان بتشبيدها.

(أولا)

الضمان بوجه عام

٥٩ - (١) - ضمان المقاول للمادة التي يقدمها :

راجع في التفصيل بند (٢/٤١) .

٦٠ - (٢) - مسئولية المقاول عن المادة التي يقدمها رب العمل :

راجع في التفصيل بند (٢/٤٢) .

٦١ - (٣) - ضمان المقاول لعيب في الصفة :

تناولنا فيما سلف بند (٣٨) ، ضمان المقاول لكل عيب في الصنعة تقضى أصول الحرفة بأن يكون مسئولا عنه ، فنحيل إليه في تفصيل ذلك. غير أنه يثور البحث في الحالة التي يكون فيها رب العمل قد أقرما قام به المقاول من عمل بعد معاينته واعترافه بأنه تم صحيحا مطابقا لما هو متفق عليه ولما توجه الأصول الفنية ، دون أن ينكشف وجود عيب في البناء ، ثم تكشف له فيما بعد هذا العيب .

ذلك أن القانون لم يضع نصا ينظم هذه المسألة ، كما فعل بالنسبة لضممان المهندس المعماري والمقاول للمنشآت التي يقومان بتشييدها - كما سنرى - وبالتالي فإنه لا مناص في هذا الشأن من الرجوع إلى القواعد العامة وهذه القواعد تميز بين فروض ثلاثة :

الفرض الأول :

أن يكون العيب ظاهرا وقت القبول :

بمعنى أن يكون العيب في الصنعة واضحا بحيث أنه كان في استطاعة رب العمل أو من أنابه عنه أن يكتشفه لو بذل في فحص العمل ما يبذله الشخص المعتاد ، فإن قبول العمل رغم ظهور هذا العيب ، يسقط حق رب العمل في الرجوع على المقاول بالضمان . إذ أن قبول رب العمل له دون تحفظ رغم علمه بهذه العيوب ، يفيد أنه قدر أنها لا تؤثر على العمل ولا تنقص من قيمته ، أو أنه قد نزل عن حقه في الرجوع على المقاول بضمانها ، وإذا كان رب العمل لم يكتشف هذه العيوب لأنه لم يبذل في فحص العمل عناية الشخص المعتاد ، فإنه يكون مهملا وعليه أن يتحمل نتيجة إهماله ، فلا يكون له أيضا الرجوع على المقاول بالضمان^(١).

الفرض الثاني :

أن يكون المقاول قد أخفى غشا العيب في الصنعة : فلم يستطع رب العمل أن يكتشفه وقت تسلم الشيء أو تقبل العمل . ففي هذا الفرض يكون المقاول مسئولا عن غشه .

(١) محمد لبيب شنب ص ١١٧ وما بعدها - ص ١٢٥ وما بعدها .

ويكون لرب العمل الرجوع بالضمان على المقاتل ، إما بإصلاح العيب إذا كان ممكنا مع التعويض ، أو بالفسخ مع التعويض . وإذا كان التنفيذ العيني أى إصلاح العيب مرهقا للمقاتل ، جاز الاقتصار على طلب التعويض طبقا لأحكام المادة ٢/٢٠٣ مدق .

ويبدأ الضمان من وقت اكتشاف العيب ، وفى خلال ثلاث سنوات من هذا الوقت ، لأن أساس رجوع رب العمل المسئولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة ١٦٣ مدق .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ مدق على أن : " تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع " .

الفرض الثالث :

أن يكون العيب خفيا :

والمقصود بهذا الفرض أن يكون العيب ليس من الواضح بحيث يمكن للشخص العادى كشفه وقت التسلم أو تقبل العمل ، ولم يخفه المقاتل غشا عن رب العمل .

وفى هذا الفرض يضمن المقاتل هذا العيب لأن القبول باعتبار موافقة على العمل الذى قام به المقاتل والإقرار بأن هذا العمل قد تم مطابقا لما هو متفق عليه ، لا يمكن أن يفيد هذه الموافقة وهذا الإقرار إلا إذا صدر ورب العمل على علم بكل ظروف الحال .

غير أنه يشترط لهذا الضمان بداهة أن تكون هذه العيوب الخفية قديمة أى موجودة فى العمل عند معاينته وإقراره ، أو على الأقل أن يكون مصدرها موجودا فى ذلك الوقت ، أما إن نشأت العيوب بعد القبول فلا ضمان على المقاول ، وعلى ذلك فإذا ثبت أن الأخشاب التى وردها المقاول واستعملها فى البناء كانت مسوسة ، فإن المقاول يضمن هذا العيب ، وإن لم ينتشر السوس فى الخشب إلا بعد القبول ، أما إن لم يصب الخشب بهذه الحشرة إلا بعد القبول فلا ضمان على المقاول ^(١).

٦٢- مدة ضمان العيب الخفى :

يذهب رأى إلى أن المقاول يبقى ضامنا للعيب الخفى المدة القصيرة التى يقضى بها عرف الحرفة ، لأن العرف فى عقد الماولة مكمل لنصوص القانون ويجوز أن يصل إلى حد تقرير مدة تتقدم بها دعوى الضمان . وقد يستخلص من سكوت ربيع العمل بعد كشفه العيب أنه قد نزل نزولا ضمينا عن دعوى الرجوع بالضمان على المقاول .

ويستند هذا الرأى فى ذلك إلى أن المشروع التمهيدى كان يتضمن نصا فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٠٠ من المشروع تنص على ما يأتى :
" ١- على رب العمل ، فى الماولات الصغيرة ، أن يستعمل ما تقرر له من حقوق بسبب العيب فى تنفيذ العمل فى الميعاد الذى يحدده العرف المعمول به فى هذا النوع من الصناعة إن كان هناك عرف متبع ، فإن لم يوجد وجب رفع الدعوى بهذه الحقوق فى خلال ستة أشهر من وقت تسلم العمل .

(١) محمد لبيب شنب ص ١١٩ .

٢- أما في المقاولات الكبيرة فإن دعاوى المسؤولية الخاصة التي تستند إلى المواد من ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ودعاوى المسؤولية الأخرى التي تستند إلى القانون العام في العيوب غير المشار إليها في هذه المواد، يجب رفعها خلال سنتين من وقت الكشف عن هذه العيوب " ، وأن لجنة المراجعة قد حذفت الفقرة الأولى والعبارة الخاصة بدعاوى المسؤولية عن العيوب التي تستند إلى القانون العام في الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والصغيرة أولاً ، ولوجوب التمييز بين العيوب الخاصة والعيوب التي تستند إلى القانون العام ثانياً .

(مجموع الأعمال التحضيرية جزء ٥ ص ٣٠ - ٢٣١) ^(١).

بينما ذهب رأى آخر إلى أن التزام المقاول بضمان العيب الخفي لا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة ^(٢).

ويرد أنصار هذا الرأي على ما يوجهه خصومه من نقد بمقولة إنه يؤدي إلى أن تكون مسؤولية المقاول عموماً أشد من المسؤولية الخاصة التي قررها المشرع لمقاولي البناء والمهندسين المعماريين في المادة ٦٥١ ، والتي تشترط للمساءلة أن يظهر العيب في خلال عشر سنوات من وقت قبول العمل، في حين أن قصد المشرع واضح في أن تكون مسؤولية مقاولي البناء مسؤولية خاصة مشددة عن المسؤولية التي تملئها القواعد العامة على المقاولين، وما يراه هؤلاء الشراح من أن احترام قصد المشرع لا يتحقق إلا بتقرير أن قبول

(١) السهوري ص ١٢٧ وما بعدها وهامش (١) - قدرى الشهاوى ص ١٥١.

(٢) محمد لبيب شنب ص ١١٨ وما بعدها - فتحة قره ص ١٤٦ وما بعدها .

العمل في غير الحالات التي تحكمها المادة ٦٥١، يعفى المقاول من العيوب التي قد توجد في عمله، سواء كانت هذه العيوب ظاهرة أم خفية . ويبررون هذا الحكم بأن المشرع أراد أن يحسم النزاع حول هذه العيوب بمجرد القبول، لأن إباحة إثارتها لمدة طويلة بعد ذلك يسهدد استقرار المعاملات ، فضلا عن صعوبة إثبات عيوب العمل إذا مضى وقت طويل على إقرار رب العمل له .

وهذا الرد يتمثل في أن الأحكام الخاصة بمسئولية مقاولي المباني والمهندسين المعماريين تظل أشد من الأحكام العامة في المسئولية عن العيوب الخفية ، بالرغم من تقرير عدم تقادم دعوى الضمان إلا بمضى خمس عشرة سنة ، ذلك أن المشرع لم يلزم مقاولي المباني بمجرد ضمان العيوب التي تكون في عملهم وقت القبول ، بل جعلهم ضامين لما ينشأ من هذه العيوب بعد ذلك في خلال المدة المحددة قانونا ، فوجه التشديد في مسئولية مقاولي البناء لا يبدو إذن في إطالة المدة التي يجوز فيها رفع دعوى المسئولية ، وإنما في أن هؤلاء الأشخاص يضمنون عيوب المباني ولو كانت حديثة ، أى ولو طرأت بعد قبول العمل مادام ذلك قد تم في خلال المدة المحددة في القانون ، في حين أن القواعد العامة في مسئولية المقاولين (غير مقاولي البناء) لا تلزمهم إلا بضمان العيوب القديمة التي كانت موجودة في العمل وقت معاينته وإقراره . وعلى ذلك فالرأى الذي لا يجعل للقبول أثرا على التزام المقاول بضمان العيوب الخفية ، لا يخالف قصد المشرع ، ويمكن إعماله في ضوء النصوص القائمة^(١).

(١) محمد لبيب شنب ص ١١٩ وما بعدها - فتحيه قره ص ١٤٧ وما بعدها .

٦٢- عدم تعلق أحكام الضمان بالنظام العام :

من المتفق عليه أن أحكام الضمان سائلة الذكر لا تتعلق بالنظام العام. ومن ثم يجوز اتفاق الطرفين على ما يخالفها سواء بالتشديد أو بالتخفيف أو الإعفاء من الضمان كلية .

فيجوز الاتفاق على تشديد الضمان ، بتحديد مدة للضمان ولو كان العيب في العمل المسلم إلى رب العمل واضحا ، والاتفاق أيضا على أن ذلك لا يمنعه من الرجوع بالضمان فيما بعد إذا ظهر في العمل عيب ولو كان واضحا .

ويجوز الاتفاق على تخفيف الضمان أو الإعفاء منه ، بالاتفاق على إعفاء المقاول من الضمان ولو كان العيب خفيا .

غير أنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان إذا كان العيب راجعا إلى غش المقاول أو خطئه الجسيم . إذ يقع هذا الاتفاق باطلا .

وكانت المادة ٨٩٩ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني تنص صراحة في هذا المعنى على أن :

"١- في المقاولات الصغيرة ، يجوز للمقاول أن يشترط إعفائه من المسؤولية عن العيب ، أو أن يحدد من مسؤوليته عن ذلك . ولكن هذا الشرط يكون باطلا إذا كان المقاول قد تعمد إخفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تغتفر .

٢- أما في المقاولات الكبيرة ، فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ، كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان " . وقد حذفت

الفقرة الأولى وعبارة " أما في المقاولات الكبيرة " الواردة في صدر الفقرة الثانية في لجنة المراجعة ، وعللت اللجنة الحذف بأنه : " لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة " . وعدلت الفقرة الثانية بحيث أصبحت مقصورة على ضمان المهندس المعماري والمقاول^(١).

وتختلف هذه الأحكام عن أحكام ضمان المهندس المعماري والمقاول بالنسبة لعيوب البناء فهي - كما سنرى - مما يتعلق بالنظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٨ وما بعدها .

(ثانيا)
(ضمان المهندس المعماري والمقاول
لعيوب البناء)

٦٤- النص القانوني :

المادة (٦٥١) مدني :

- " ١- يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.
- ٢- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .
- ٣- وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل .
- ٤- ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن " .

٦٥- الأشخاص المسؤولون عن عيوب البناء :

- رأينا أن المادة ٦٥١ مدني تنص على أن : " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان ... إلخ " .
- وكانت المادة ٤٠٩/٥٠٠ من التقنين المدني القديم تقضي بأن: " المهندس المعماري والمقاول مسئولان مع التضامن عن خلل البناء .. إلخ " .

ومن ثم فإنه سواء في ظل التقنين المدق الجديد أو التقنين المدق القديم لا يسأل عن عيوب البناء إلا المهندس المعماري أو المقاول دون غيرها^(١).
ونعرض فيما يلي لتعريف المهندس المعماري والمقاول .

٦٦- (أ) المهندس المعماري :

يقصد بالمهندس المعماري architecte في هذا المجال الشخص الذي يعهد إليه رب العمل في وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المباني أو المنشآت الأخرى . وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة عليه . ويعرفه ميثاق المهنة الهندسية بأنه فنان ومهني يمارس مهنة حرة غير تجارية^(٢).

وقد عرفته لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية وتقدير الأتعاب والمسابقات التي أقرتها الجمعية العمومية لنقابة المهندسين يوم ١٧ مارس ١٩٧٧ في المادة الأولى (ب) منها بأنه : " الشخص المتميز بقدرته على التخطيط والتصميم المعماري والتطبيق الابتكاري والتنفيذ . وله إلمام تام بفن وعلم البناء حسب ظروف البيئة ومقتضياتها ويسهم في التعمير

(١) الدكتور عبد الرزاق حسين يس المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء الطبعة الأولى ١٩٨٧ ص ٤٠٨ وما بعدها .

(٢) الدكتور سمير كامل التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء ١٩٩٥-١٩٩٦ ص ١٩ .

والتشديد في نطاق التخطيط العام . ويتمتع بالحماية القانونية التي تتطلبها مهنته .

واشترطت أن يكون حائزا على بكالوريوس في الهندسة المعمارية أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها بقانون المهندسين، وأن يكون عضواً بنقابة المهندسين .

والمهمة الأساسية للمهندس المعماري هي وضع التصميم ، أما أعمال الإشراف على التنفيذ فهي غالباً ما تسند إلى شخص غيره . وهذا ما جعل قضاء التقاضي الفرنسي يقرر بأن الأصل هو اقتصار مهمة المهندس المعماري على وضع التصميم ، ما لم يوجد في العقد نص يقضي بغير ذلك^(١).

والشخص الذي يضع الرسومات والتصميمات اللازمة لإقامة بناء ، ويشرف على تنفيذها يعتبر في حكم المادة ٦٥١ مهندساً معمارياً ، ويكون مسئولاً ، سواء كان له الحق قانوناً في حمل هذا اللقب، أو لم يكن له، ذلك أن العبرة ليست بالصفة القانونية للمهندس المعماري ، بل بطبيعة الأعمال التي يقوم بها .

(١) نقض مدني فرنسي ٢٤ مارس ١٩٦٥ مشار إليه في سميير كامل ص ٢٠ هامش

ومن ثم فلا يشترط أن يكون حاصلا على مؤهل فني في هندسة المعمار.
فالمهندس الميكانيكي إذا قام بمهمة المهندس المعمارى كان ملزما بالضمان^(١).
والمقاول الذى لا يحمل أى مؤهل أو أى شخص آخر غير مؤهل ، إذا
وضع التصميم فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعمارى ، ومن
ثم يكون ملتزما بالضمان .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... وعلى عكس ذلك توسع بعض التقنيات من دائرة هذه المسؤولية
الخاصة ، فتجعلها شاملة أيضا المهندس الميكانيكى (تقنين الالتزامات
السويسرى م ٣٧١ والتقنين التونسى م ٨٧٦ والتقنين اللبنانى م ٦٦٨) .
أما المشروع فهو يحافظ على النطاق التقليدى لهذه المسؤولية ، فيجعلها
شاملة للمهندس المعمارى والمقاول ، ولا يطبقها على المهندس الميكانيكى
إلا إذا قام بوظيفة المعمارى " ^(٢).

وإذا كانت لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية فى مصر تشترط فى
المهندس المعمارى أن يكون حاصلا على بكالوريوس فى الهندسة المعمارية ،
أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها بقانون نقابة
المهندسين ، وأن يكون عضوا فى نقابة المهندسين ، فإن هذا من باب
التنظيم المهني ، وحتى يسمح للفرد بحمل لقب " مهندس معمارى " ولا

(١) محمد ليبب شنب ص ١٢٢ - عبد الرازق حسين يس ص ٤١٧ - سمير كامل

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢١ وما بعدها .

شأن لذلك بالمسئولية المنصوص عليها بالمادة ٦٥١ مدني . وإذا اشترك عدة مهندسين معماريين ، أو أشخاص آخرون ، في القيام بمهمة المهندس المعماري كانوا جميعا مسئولين ، كل في حدود ما قام به من أعمال في نطاق هذه المهمة ^(١) . فمثلا قد يعهد رب العمل إلى مقاليد لوضع الأساس، ويعهد إلى آخر بأعمال النجارة وإلى ثالث بأعمال الدهان والبياض وهكذا .

فكل من هؤلاء يعتبر مقاولا في حدود الأعمال التي يقوم بها، ويكون ملزما بالضمان في هذه الحدود .

ويتعين على المهندس وهو يقوم بالتصميم أن يلاحظ عند وضع الرسم أحكام القوانين المتعلقة بالجوار وقبود البناء وحقوق الارتفاق سواء ما كان منها مفروضا بحكم القانون أو تأسيسا على الارتفاق أو بسبب موقع الأرض، وله في سبيل ذلك أن يكلف المالك بتقديم مستندات ملكية الأرض التي تقرر إقامة البناء عليها حتى يتأكد من ذلك كله فإذا امتنع عن تقديمها كان من الأحوط له أن يحصل منه على إقرار بشأن حقوق الارتفاق أو القيود التي لم يحيط بها علما .

وليس هناك ما يمنع من أن يضع التصميم شخص آخر غير المهندس المعماري فيحوز للمقاليد أن يضعه بنفسه وفي هذه الحالة يكون مسئولا عن عيوب التصميم ولكن مسئوليته عن عيوب التصميم تكون بالقدر الذي تسمح به المقدرة الفنية لشخص في مستواه .

(١) السنهوري ص ١٣٧ وما بعدها - عبد الرازق حسين يس ص ٤١٨ .

ويجوز لرب العمل أن يضع التصميم بنفسه فإذا ظهر به عيب فلا يلومن إلا نفسه ولا يجوز له الرجوع على أحد^(١).
وقد نصت المادة ١٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ في شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء (المستبدلة بالقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦ على أن :
" يجب على المالك أو من يمثله قانونا أن يخطر الجهة الإدارية المختصة بالتنظيم بخطاب موصى عليه بعلم الوصول بعزمه على تنفيذ الأعمال المرخص بها .

ومع مراعاة أحكام قانون نقابة المهندسين يلتزم المالك بأن يعهد إلى مهندس نقابي معمارى أو مدنى بالإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص بها إذا زادت قيمتها على عشرة آلاف جنيه ، ويكون المهندس مسؤولا مسئولية كاملة عن الإشراف على تنفيذ هذه الأعمال وتحدد اللائحة التنفيذية الحالات التى يلزم فيها الاستعانة بأكثر من مهندس نقابى من ذوى التخصصات المختلفة تبعا لنوعية الأعمال المرخص بها .

وفى حالة تخلى المهندس المشرف على التنفيذ عن التزامه فعليه أن يخطر المالك أو من يمثله قانونا والجهة الإدارية المختصة بذلك كتابة قبل توقفه عن الإشراف بأسبوعين على الأقل ويوضح فى الإخطار أسباب التخلي وفى هذه الحالة يلتزم المالك بأن يعهد إلى مهندس نقابى آخر فى ذات التخصص بالإشراف على التنفيذ وإخطار الجهة الإدارية بذلك .

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٨ ص ١٣٥٦ وما بعدها .

وفي حالة انقضاء مدة الأسبوعين المشار إليها في الفقرة السابقة دون أن يعهد المالك بالإشراف إلى مهندس آخر توقف الأعمال ولا تستأنف إلا بتعيين المهندس المشرف .

وعلى المهندس المشرف على التنفيذ أن يحظر الجهة الإدارية المختصة كتابة بأى أعمال مخالفة فور وقوعها أيا كان مرتكبها ما لم يتم تصحيحها .
فبالرغم من أن القانون المدق وهو بصدد تنظيم عقد المقاولة تضمن أحكاما نص عليها في المادة ٦٥١ سالف الذكر وموداها تضاف من المهندس المعماري والمقاول في ضمان عيوب البناء ، وبالرغم من أن المادة ١١ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ (المعدل) أوجبت الالتزام في التنفيذ بالأصول الفنية بالترخيص الممنوح إلا أن المادة (١٢) حرصت - مع مراعاة قانون نقابة المهندسين - على إلزام المالك بأن يعهد إلى مهندس نقابي معماري أو مدق بالإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص بها ويكون مسؤولا مسؤولة كاملة عن الإشراف الدائم على تنفيذ هذه الأعمال إذا زادت قيمتها على عشرة آلاف جنيه .

ولذلك أوجبت المادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية للقانون على المرخص له في حالة زيادة قيمة الأعمال المرخص بها على عشرة آلاف جنيه وقبل الشروع في الأعمال إخطار الجهة الإدارية المختصة بالتنظيم بخطاب موصى عليه بعلم الوصول بعزمه على تنفيذ الأعمال مرفقا به تعهد من أحد المهندسين المعماريين أو الإنشائيين بالإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص بها ، وأيضا صورة التعاقد مع أحد المقاولين المصنفين والأعضاء

بالاتحاد العام لمقاولى التشييد والبناء على أن يقوم المهندس المختص بتحديد
خط التنظيم أوحد الطريق أو خط البناء بحسب الأحوال، ويتم هذا
التحديد خلال سبعة أيام من تاريخ الإخطار، ويثبت تاريخ التحديد على
ترخيص البناء، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يتم التحديد جاز
للمرخص له أن يقوم بهذا التحديد طبقا للبيانات المدونة بالرخصة وتحت
مسئولته، وهذا تأكيد لمسئولية المهندس المشرف على التنفيذ .

٦٧- (ب) - الما قول :

الما قول هوكل شخص يعهد إليه رب العمل بإقامة بناء أو منشآت ثابتة
أخرى فى مقابل أجر، وفق التصميمات والنماذج والرسوم الموضوعة من
قبل المهندس المعمارى أو رب العمل. دون أن يخضع فى عمله لإشراف أو
إدارة رب العمل .

ويستوى أن تكون المواد التى أقام بها هذه المباني أو المنشآت قد
أحضرها من عنده أو قدمها له رب العمل .

هذا هو التور الأساسى للمقاو ل فى تنفيذ عقد الما قولة والذى يترتب
على الإخلال به انعقاد مسئولية العقدية أو التقصيرية على حسب الأحوال.

أما إذا لم يقف للمقاو ل عند دوره الأساسى هذا ، بل تعدها إلى القيام
بدور المهندس المعمارى ، من وضع للتصميمات والرسوم والنماذج كما
يحدث أحيانا، وكان بها عيب أدى إلى التهدم الكلى أو الجزئى فى
البناء، أو إلى ظهور عيب فيه يهدد متانته وسلامته، اعتبر هذا الما قول بهذا

مهندسا معماريا فيما يتعلق بتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة عليه، وكان ملتزما بضمان هذه الأعمال ضمنا عشريا بصفته مهندسا معماريا إلى جانب صفته الأصلية كمقاول^(١).

ولا يمنع من قيام الضمان تعدد المقاولين كأن يعهد إلى مقاول بوضع الأساس، ويعهد بأعمال البناء الأخرى من أرضيات وأسقف وجدران وغير ذلك إلى مقاول آخر ويعهد إلى مقاول ثالث بأعمال النجارة وهكذا. وفي هذه الحالة يكون كل مقاول منهم ملزما بالضمان في حدود العمل الذي عهد به إليه وإذا استخدم المقاول مساعدين يعاونونه فيما يقوم به من أعمال كان مسؤولا عن أعمالهم ويلتزم بضمان هذه الأعمال كما لو كان هو السدى باشرها بذاته وبشخصه ، حتى لو كان هؤلاء المساعدون لا يعتبرون من أتباعه بالمعنى المفهوم في مسؤولية المتبوع عن التابع، كما لو كانوا مقاولين من الباطن.

وإن كان الغالب أن المهندس المعماري يكون وكيلًا عن رب العمل، وكالة صريحة أو ضمنية ، فإنه يحدث أحيانا، أن يوكل رب العمل المقاول في بعض شؤونه المتعلقة بالعمل محل الوكالة وكالة صريحة أو ضمنية أيضا. ويكون هذا الأخير وكيلًا عنه بمقتضى هذه الوكالة وفي حدودها ، ويسأل عقديًا عن إخلاله بأحد التزاماتها .

٦٨- ضرورة وجود عقد مقالة :

لا يقوم ضمان المهندس المعماري أو المقاول طبقا للمادة (٦٥١) مدني، إلا إذا وجد عقد مقالة بين رب العمل وبين المهندس المعماري أو المقاول .

(١) عبد الرازق حسين يس ص ٤٢٢ .

وقد سبق أن عرفنا عقد المقاولة، بأنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (م ٦٤٦ مدني).

والعبرة بالتكييف القانوني الصحيح للعقد الذي يسبغه عليه قاضي الموضوع، لا بما يطلقه عليه المتعاقدون من وصف للمقاولة. غير أنه يستوى أن يكون أجر المهندس المعماري أو المقاول قد حدد جزئاً أو حدد بسعر الوحدة أو كان أجراً ثابتاً يعطى لهما طوال مدة العقد.

وبالترتيب على ذلك إذا ثبت أن العقد الذي يربط رب العمل بمن يقوم بالعمل، عقد عمل أو عقد وكالة، فلا يجوز الرجوع عليه بمقتضى أحكام الضمان الواردة بالمادة. وإنما يجوز الرجوع عليه وفقاً لأحكام عقد العمل في الحالة الأولى وأحكام الوكالة في الحالة الثانية.

وإذا كان العقد بغير أجر، فإنه يكون عقداً غير مسمى، ويسأل من قام بالعمل طبقاً للقواعد العامة.

ولما كان العقد هنا من عقود التبرع فإن من قام بالعمل لا يكون مسئولاً إلا عن الغش والخطأ الجسيم^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء والعيوب التي تهدد سلامته أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين ٦٥١، ٦٥٢ من القانون المدني، فهو ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل إلى

(١) السنهاوري ص ١٣٦.

المهندس المعماري القيام بعمل لقاء أجر، فإذا تخلف عقد المقاوله فلا يلتزم المهندس المعماري قبل رب العمل بهذا الضمان ، وإنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية . وإذ كان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بأنه لا تربطه بالمطعون ضدها الأولى- وهى صاحبة العمل- أية رابطة عقدية وأن عمله اقتصر على حساب تكاليف الإنشاءات الخرسانية كمشورة فنية مجانية قدمها للمرحوم المهندس بناء على المعلومات الفنية الخاصة بالتربة التى تلقاها منه وأن مهندساً آخر هو الذى قام بوضع التصميم النهائى للبناء ، فإن الحكم المطعون فيه ، وقد انتهى في قضائه إلى أن الطاعن مسؤل عن ضمان العيوب التى ظهرت في البناء باعتباره المهندس المعماري الذى قام بوضع التصميم مع ما ذهب في أسبابه من أن المرحوم المهندس مورث المطعون ضدها الثلاثة الآخرين كلف آخر بعمل رسومات " الفيلا " ودون أن يستظهر الحكم العلاقة بين الطاعنين والمطعون ضدها الأولى ليستبين ما إذا كانت ناشئة عن عقد مقاوله ، أم عن مجرد مشورة قدمها الطاعن بالبحان عن حساب تكاليف الإنشاءات الخرسانية " للفيلا " وذلك تحقيقاً لدفاع الطاعن الجوهري، الذى إن صح لتغير به وجه الرأى في الدعوى ، فإنه يكون قد شابه قصور في التسييب " .

(طعن رقم ٢٤١ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢١)

٢- " إذا كان الثابت أن الطاعن - المقاتل - أقام دعواه بطلب الحكم بإلزام المطعون عليه بقيمة الباني موضوع النزاع على أساس أنه أقام هذه

المباين لصالح المطعون عليه على أرض مملوكة للآخر دون أن توجد بينهما
رابطة عقدية ، وهو ما يخوله إثبات هذه الواقعة المادية بكافة الطرق حتى
لا يثرى المطعون عليه على حسابه بلا سبب فإنه مفاد ذلك أن الطاعن لا
يستند إلى عقد مقالة كسبب لدعواه بل يستند في ذلك أصلا إلى أحكام
الإثرا بلا سبب " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن التعاقد على أن يقوم المهندس بوضع
التصميم والمقايسة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات
يسندرج في صورها ، وأن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لا يمنع من
اعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية .

إذ قضت بملسة ١٩٦٧/٥/١٦ في الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق بأن:
" إن المشرع إذ جمع العقود المسماة في الكتاب الثاني من القانون
المسدي ، ونظم أحكام عقد المقالة في الفصل الأول من الباب الخاص
بالعقود الواردة على العمل منفصلا عن عقد الإيجار وقد كان واردا في
القانون القديم في باب الإيجار تحت عنوان " إيجار الأشخاص وأهل الصنائع " ،
وعرف المشرع المقالة في نص المادة ٦٤٦ بأنها " عقد يتعهد بمقتضاه أحد
المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " .
وأورد بالمواد التالية التزامات الماقل وجعل قواعد المسؤولية عن تهم البناء
وسلامته شاملة المهندس المعماري والماقل على سواء ما لم يقتصر عمل
المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولا إلا عن العيوب التي أتت

منه ، وبين طريقة تحديد أجر كل منهما بما في ذلك أجر المهندس إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه ، فإن الاستفادة من ذلك- وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدق فى هذا الخصوص- أن المشرع أراد تنظيم عقد المقاولة لتلائم قواعد التطور الذى وصلت إليه أعمال المقاولات فى صورها المختلفة ، وأنه إنما أورد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري ليعتبر عمله بوضع التصميم والمقايسة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها ، وأن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لا يمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية فلا يتغير بذلك وصف العقد من المقاولة إلى الوكالة مما يوجب تطبيق أحكام المقاولة عليه " .

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٦/٥/١٩٦٧)

٦٩- عدم سريان الضمان على المقاولين من الباطن :

تنص الفقرة الرابعة من المادة ٦٥١ مدق على أن : " ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن " . فإذا تعاقد المقاول الأصلي مع مقاول من الباطن على أن يقوم الأخير ببعض الأعمال كالأعمال الصحية أو التجارة ، فلا يكون المقاول من الباطن ملتزماً بالضمان نحو المقاول الأصلي أو نحو رب العمل إلا بمقدار ما تقضى به القواعد العامة . والسبب فى ذلك أن الضمان الوارد بالمادة ٦٥١ ضمان مشدد ، اقتضاه مركز كل من رب العمل والمقاول أو المهندس . فرب العمل يكون عادة رجلاً غير فنى وغير خبير . فأراد القانون أن يحميه ضد المقاول والمهندس وهما من رجال الفن والخبرة . وليس

هذا هو مركز المفاوض الأصلي من المفاوض من الباطن ، فكلاهما من أهل الفن والخبرة ، ولا يوجد مقتضى لحماية مشددة تمنح للمفاوض الأصلي ضد المفاوض من الباطن ، ويكفى في حماية حقوق المفاوض الأصلي الرجوع إلى القواعد العامة ففيها الغناء^(١).

وفي هذا جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب أنه :
" ... ثم استفسرت اللجنة عما إذا كانت المسؤولية الاستثنائية الواردة في المادة ٦٧٩ المشار إليها تنطبق على العلاقة بين المفاوض الأصلي والمفاوض من الباطن ، فأجيب بأن الفقرة الثالثة من المادة ذاتها صريحة في أن هذه المسؤولية الاستثنائية استحدثتها المشروع إلى جانب المسؤولية المقررة بالقواعد العامة لأن صاحب العمل لا يمكن اعتباره في مستوى المهندس من الناحية الفنية . أما المهندس والمفاوض من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان فليست هناك إذن حاجة لاستحداث مسؤولية استثنائية فيما بينهما " ^(٢).

ولا يكون المفاوض من الباطن مسئولاً تجاه رب العمل بالضمان، لأنه لا توجد رابطة عقدية بينهما ، والمقرر أن المادة ٦٥١ إنما تنظم المسؤولية العقدية للمفاوض ، مع ملاحظة أن نزول المفاوض عن المفاوضة إلى غيره ، لا يخل بحق رب العمل في الرجوع عليه كما لو كان هو الذي قام بالعمل، مادام لم يقبل هذا النزول ولم يقصد إبراء المفاوض الأصلي من التزاماته.

(١) السهنوري ص ١٤٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٣ .

ومن ثم لا يكون له الرجوع على المقاتل من الباطن إلا طبقاً للقواعد العامة^(١).

٧٠- يجب أن ترد المقاتلة على مبان أو منشآت ثابتة أخرى :

يجب لإعمال أحكام الضمان المنصوص عليها بالمادة أن ترد المقاتلة على مبان أو منشآت ثابتة أخرى .

ويقصد بالمباني كل ما يرتفع فوق سطح الأرض من منشآت ثابتة من صنع الإنسان ، بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخلها وتوفر له حماية ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية الخارجية ، وأيا كانت المواد التي شيدت منها، سواء كانت بالطوب أو بالحجارة ، أو بالخشب أو بالحصى ، كالمساكن المبنية من الخشب والحصى والعشش في رأس البر ، وكما هو الشأن في كبائن الاستحمام . فالشرط أن يكون البناء ثابتاً في مكانه لا يمكن نقله دون هدمه . كالأكشاك والمنازل القابلة للفك والتركيب .

وعلى ذلك قد يكون البناء منزلاً أو فيلاً أو عمارة أو مدرسة أو مستشفى أو مصنعا أو متجراً أو مخزناً أو مسجداً أو كنيسة أو معبداً أو داراً للخيالة، أو محلاً لبيع البضائع أو تقديم الطعام والشراب .

أما المنشآت الثابتة الأخرى غير المباني كالكبارى والقناطر والسكك الحديدية والبوابات والمداخن والمزلقانات . فقد انقسم الرأي في شأنها . فذهب رأى إلى أنها لا تدخل في الضمان المنصوص عليه بالمادة إذ لا يمكن اعتبار هذه الأعمال من قبيل تشييد المباني وإقامة المنشآت الثابتة .

(١) محمد ليب شنب ص ١٢٣ - الناصورى والشواربى ص ١٣٦٠ .

وأنه يلاحظ في هذا الشأن اختلاف عبارة القانون المصرى عن عبارة القانون الفرنسى فى المادة ٢٧٧٠ حيث تتكلم عن الأعمال الكبرى^(١).
بينما ذهب الرأى الغالب- الذى نؤيده - إلى اعتبار هذه الأعمال من قبيل المنشآت الثابتة على اعتبار أنه لا يتحتم فى المنشآت الثابتة فى المفهوم الواسع أن تكون فوق الأرض ، بل يصح أن تكون تحت الأرض أو فى مستواها أو أعلاها. ومؤدى ما تقدم أنه يجب أن تدخل هذه الأعمال فى دائرة أعمال البناء والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة ٦٥١ مدنى حيث تقول إن الضمان يشمل ما يحدث فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، ذلك أن كلمة شيدوه أو أقاموه ، تدل بوضوح على ضرورة اقتصر الأعمال على أعمال التشييد والبناء دون غيرها من الأعمال الأخرى التى يمكن أن يؤديها المهندس أو المقاول^(٢).
ويدخل فى هذه الأعمال أعمال التعلية والتعديل والتجديد والتوسعة والترميم ، بشرط أن يكون الترميم واقعا على الأجزاء الرئيسية للمبنى، وهى الأجزاء التى تعتمد عليها متانة المبنى وسلامته^(٣).

(١) محمد لبيب شنب ص ١٢٦ - محمد شكرى سرور ص ٢٢١ - محمد عبد الرحيم عنبر ص ١٩٤ .

(٢) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى ص ١٣٦٢ - السنهورى ص ١٣٥ - محمد كامل مرسى ص ٤٩٩ .

(٣) محمد لبيب شنب ص ١٢٥ وما بعدها .

أما العقارات بالتخصص، ومنها الأبواب والنوافذ والأجهزة الكهربائية، فلا تدخل في نطاق المنشآت لأنها بطبيعتها منقول غير ثابت .
ويستثنى من ذلك المصعد الكهربائي ، فيعتبر في حكم المبنى الملحق به، فالمصعد وهو يرتفع ويهبط في حكم الثابت في مكانه لأنه لا يتعدى دائرة محدودة في تحركه ، ومن ثم يعد من المنشآت الثابتة ^(١).
ولا تدخل أعمال البياض والدهان وأعمال الزخرفة في نطاق النص لأن هذه الأعمال ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو متانته ^(٢).

٧١- المستفيدون من الضمان :

يفيد من الضمان المنصوص عليه بالمادة رب العمل . ورب العمل بهذه الصفة لا يشترط أن يكون هو الذى أبرم عقد المقاولة بنفسه ، وإنما يكفي أن يكون هذا العقد قد أبرم باسمه، وحسابه الخاص عن طريق وكيل عنه، سواء كانت هذه الوكالة صريحة أو ضمنية .
كذلك لا يشترط أن يكون رب العمل هو مالك الأرض التى يقام عليها البناء، أو يشيد فوقها المنشأ الثابت ، فقد تكون الأرض غير مملوكة له ، وإنما بنى أو أعطى لغرض ما وبأى طريقة كانت حق البناء عليها لحسابه الخاص .

(١) السنهورى ص ١٣٤ وما بعدها هامش (١) .

(٢) السنهورى ص ١٣٥ هامش (١) - الدناصورى والشواربى ص ١٣٦٣ -

محمد لبيب شنب ص ١٢٦ .

وقد يكون رب العمل شخصا طبيعيا كفرد معين أو شخصا معنويا، شركة أو مؤسسة أو جمعية. كذلك قد يكون شخصا من أشخاص القانون الخاص، كفرد أو شركة عقارية تجارية أو مدنية ، أو شخصا من أشخاص القانون العام، كالدولة أو هيئة عامة أو وحدة من وحدات الإدارة المحلية^(١). ورب العمل هو الذى يفيد من الضمان لأنه هو الذى يصاب عادة بالضرر من جراء تدهم البناء أو تعيبه ، فكان من العدل أن يكون هو المستفيد الأساسى من الضمان . فيرجع بالضمان على المهندس المعماري أو على المقاول أو عليهما معا متضامين .

وإذا مات رب العمل فإن ورثته يحلون محله بالضمان بوصفهم خلفا عاما له عن جميع حقوقه في الرجوع على المهندس المعماري أو المقاول. إذ تقضى المادة ١٤٥ مدني بأن ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام إلخ .

ويجوز لدائى رب العمل أن يرفعوا الدعوى غير المباشرة باسمه للمطالبة بالضمان .

ويجوز للخلف الخاص لرب العمل الرجوع بالضمان على المهندس المعماري أو المقاول، كما إذا انتقلت ملكية البناء بالبيع أو الهبة ، فيستطيع المشتري أو الموهوب له الرجوع بهذا الضمان باعتبارهما خلفا خاصا إعمالا لنظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزامات المنصوص عليها بالمادة ١٤٦ مدني التي تجرى على أنه : " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا

(١) عبد الرازق حسين يس ص ٥٧٣ وما بعدها .

شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذى ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستزماته ، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه ."

٧٢- الأضرار التى يسأل عنها المهندس المعماري والمقاول :

تنص المادة ٦٥١ مدنى على أن ضمان المهندس المعماري والمقاول يكون عما يحدث من تهدم كلي أو جزئى فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ، وما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته . فالمهندس أو المقاول لا يضمن طبقا للمادة المذكورة عن كل ضرر يصيب المبان والمنشآت ، وإنما تقتصر مسؤوليته طبقا لهذه المادة عن التهدم الكلي أو الجزئى والعيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

والمقصود بالتهدم الكلي أو الجزئى انحلال الرابطة التى تربط أجزاءها بعضها ببعض ، سواء في المبنى كله أو جزء منه .

والتهدم الكلي أو الجزئى قد يرجع إما إلى عيب في الصنعة أو في التصميم ، أو في الأرض، وقد نصت المادة صراحة على الحالة الأخيرة بقولها : " ... وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها " . ولا يشترط أن يكون خطر التهدم متحققا وداهما أو وشيك الوقوع، بل يكفي أن يتثبت قاضى الموضوع أن الخلل أو العيب المكتشف في البناء قد بلغ حدا من الجسامة تجعله يعرض متانة البناء أو سلامته للخطر^(١).

ولا يشترط أن يصل الضرر إلى حد التهدم الكلى أو الجزئى للبناء، بل يكفى أن يظهر فيه عيب يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته .
فلم يأخذ النص في ذلك في ذلك بمطلق العيب وإنما قيده بوصف معين تطلبه صراحة بحيث يترتب على وجوده في البناء أو المنشأ الثابت الآخر تهديد لمتانته وسلامته .

وهذا العيب قد يكون ناشئا عن التصميم أو عن استعمال أدوات معيبة أو عن ضعف الأساس أو عن المواد التى استعملت في البناء كأن تكون غير صالحة مخالفة للمواصفات والشروط المتفق عليها . أو ناشئا عن عدم اتخاذ الاحتياطات المعتادة ضد الحريق ^(١) . أو عن عدم مراعاة القوانين واللوائح التى ينتج عنها أضرار للجيران أو مخالفة التزام بالهدم ، أو إذا أهمل مراعاة خطط التنظيم أو حصل تجاوز للارتفاع المخصص فيه .

وقد يكون العيب في الأرض - كما ذكرنا سلفا- كأن تكون الأرض هشة أو فيها مستنقعات ولم تتخذ الإجراءات التى تمثلها أصول صناعة البناء من تعميق الأساس حتى يقوم على أرض صلبة . وإنما يجب أن يكون العيب في الأرض مما يمكن كشفه وفقا لقواعد الفن ، أما إذا استحال كشف العيب وفقا لهذه القواعد فإن ذلك يكون في حكم القوة القاهرة، ولا يكون المهندس مسؤولا عنه .

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٩٩ .

وفي هذا جاء بتقرير لجنة الشؤون التشريعية في مجلس النواب بأن :
" استفسرت اللجنة في صدد المادة عن العيب الذى يوجد فى الأرض ذاتها إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس القطن أن يكون المهندس مسئولا عنه ؟ فأجيب بأن المهندس يكون مسئولا عن العيب الذى يمكن كشفه وفقا لقواعد الفن أما إذا استحال كشف العيب وفقا لهذه القواعد ، فإن ذلك يكون فى حكم القوة القاهرة ، ولا يكون المهندس مسئولا عنه ، وقد ورد هذا الحكم فى المادة ٦٨١ (٦٨٠)" (١).

وسواء كان العيب فى المواد المستعملة فى البناء أو فى أصول الصناعة أو فى الأرض فإنه يجب أن يتوافر فيه شرطان :
الشرط الأول :

أن يكون العيب من الخطورة بحيث يهدد سلامة البناء أو متانته :
وبالترتيب على ذلك إذا كان العيب فى الدهان أو الزخرفة أو البياض أو فى نوعية أخشاب النوافذ أو فى الأبواب أو فى الزجاج أو تجليد الحوائط أو النقص فيما ينبغى أن تكون عليه الحوائط من جمال فى أو غير ذلك من أجزاء البناء بحيث لا يكون من شأنه تهديد سلامة البناء أو متانته فإنه لا يوجب الضمان العشرى وتسرى فى شأنه القواعد العامة. والذى سبق أن عرضنا لها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٣ .

الشرط الثاني :

أن يكون العيب خفيا :

يشترط لتحقيق الضمان المنصوص عليه في المادة أن يكون العيب خفيا بحيث لا يكون في استطاعة رب العمل اكتشافه وقت التسليم ، أما إذا كان ظاهرا ومعروفا فلا يسأل عنه المقاول مادام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يتحفظ بحقه . لأن تسلم العمل بغير تحفظ يعد نزولا منه عن الضمان ، بل إن تسلم العمل دون اعتراض يفترض أن العمل خال من العيوب الظاهرة ما لم يكن هناك غش . والتسليم الذي يترتب عليه هذه النتيجة هو التسليم النهائي ، دون التسليم المؤقت ، فالتسليم المؤقت لا يسقط الحق في الرجوع بالضمان . ويعتبر من قبيل العيوب الظاهرة عدم مطابقة سمك الجدران لما هو متفق عليه ، وكون سياج السلم منخفضا جدا ، واستعمال خشب من صنف سيئ في أرضية البناء^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن عقد استئجار الصانع لعمل معين، بالمقابلة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذي يعمل فيه أو العمل الذي يقوم به ، يعتبر - بحسب الأصل - منتهيا بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل بتسليم الشيء المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه . لكن القانون المصري - على غرار القانون الفرنسي - قد جعل المقاول والمهندس ضامنين متضامين عن الخلل الذي يلحق البناء في مدة عشر سنوات ولو

(١) محمد ليبب شنب ص ١٢٨ - محمد كامل مرسى ص ٤٩٩ .

كان ناشئا عن عيب في الأرض أو عن إذن المالك في إنشاء أبنية معينة ، بشرط ألا يكون البناء في هذه الحالة الأخيرة معدا في قصد المتعاقدين لأن يمكث أقل من عشر سنين (المادة ٤٠٩ من القانون المدني المقابلة للمادة ١٧٩٢ من القانون الفرنسى) . فبذلك مد القانون ضمان المقاول والمهندس إلى ما بعد تسلم المبانى ودفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقاولة من انقضاء الالتزام بالضمان بتسليم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التى هو عليها. ويجب لقبول دعوى الضمان هذه أن يكون العيب المدعى فى البناء خللا فى متانته ، وأن يكون خفيا بحيث لم يستطع صاحب البناء اكتشافه وقت التسليم . أما ما كان ظاهرا ومعروفا فلا يسأل عنه المقاول مادام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يتحفظ بحق له " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/١/٥)

غير أنه إذا كان العيب بالبناء طارئا أى طرأ بعد التسليم، فإنه لا يشترط بداهة أن يكون خفيا لأنه لم يكن موجودا فى ذلك الوقت .

٧٢. من المسئول عن العيب الناشئ عن الأرض ؟

يكاد الإجماع يتعقد على أن دراسة التربة وفحص خصائصها يقع على عاتق المهندس المعمارى، بل وتعتبر من أولى مهام وظيفته ، لما يتوافر لديه من خبرة فنية فى هذا المجال، ولما يملكه من عناصر التقدير لأهمية البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، المزمع إنشاؤه ومدى استجابة خصائص التربة له ^(١).

(١) محمد لبيب شنب ص ١٣٦ - محمد شكرى سرور ص ٨١ - عبد الرازق

فضلا عن أن هذا الالتزام على المهندس المعماري يحلله الترتيب الزمني والتكامل الفني لمهنة المهندس المعماري . ذلك أنه من المعلوم أن من أولى مهام هذه المهنة هو وضع تصميمات البناء أو المنشأ الثابت الآخر المزمع إنشاؤه . ووضع التصميمات هذه يقتضى عمل الخرائط والرسومات والنماذج والمقاييسات من وصفية وكمية وتقديرية أو تثنينية . وكل هذه أعمال لا يمكن للمهندس المعماري أن يقوم بها على الوجه الأكمل دون دراسة مستفيضه للتربة ومعرفة خصائصها ليعرف أى المواد أنسب للتنفيذ بها ، ومقدار الكميات التى سيحتاجها هذا التنفيذ وإثباتها .

وهكذا فمعرفة هذا كله يقتضى بالضرورة معرفة كاملة بالأرض التى سيقام عليها العقار ^(١)، فالتصميم ليس مجرد مجموعة من الخطوط ترسم على الأوراق طولاً وعرضاً نتيجة تصور نظرى لبناء ، يستحيل تطبيقه على الطبيعة المعدلة وإنما هو مجموعة متكاملة من الأعمال تسعى نحو تحقيق هدف واحد هو إقامة ذلك العقار المطلوب إنشاؤه على أساس سليم ، وخال من العيوب التى تسبب تدهمه ، أو تهدد سلامته ومتانته .

وإذا تبين للمهندس من الأبحاث التى أجراها ، وجود عيوب فى الأرض وجب عليه أن يخطر رب العمل بما ينبغى عمله من أجل تدعيم الأرض وتقويتها ، وتعديل التصميمات الأصلية لمواجهة هذه الظروف الجديدة ، فإذا رفض رب العمل زيادة فى التكاليف للقيام بذلك ، أو كانت التربة غير قابلة للعلاج فيجب على المهندس أن يأمر بوقف الأعمال ^(٢) .

(١) فتحي غيث ص ٥٤ - عبد الرازق حسين ص ٧١٢ .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٨١ .

ولكن إذا كان عيب الأرض من العيوب غير المتوقعة، وكان من المستحيل على المهندس المعماري أن يكتشفه باتباع القواعد الفنية التي يتبعها مهندس حريص فطن، فإن هذا العيب يعتبر قوة قاهرة وبالتالي ينفى المسؤولية عنه . ومثال ذلك أن توجد أطلال مبانٍ أثرية تحت الأرض على عمق كبير ، في منطقة لم تكتشف بها آثار من قبل ، ولم يقل أحد بوجود آثار بها ^(١).

وعقد المقاتلة الميرم بين رب العمل والمقاول يفرض على الأخير أن ينبه رب العمل إلى العيوب الموجودة في التربة التي يستطيع كشفها أو ينبغي أن يكتشفها ، لكونها لا تخفى على مقاول بحرب مثله ومن مثل ظروفه ومن ذات مستواه المادى والفنى .

فإذا لم ينبه رب العمل إلى هذه العيوب كان مسئولاً مع المهندس المعماري عن الأضرار الناشئة عن هذه العيوب . كما أن مبدأ حسن النية في التنفيذ يوجب على المقاول أن ينبه المهندس المعماري المشرف على التنفيذ إلى هذه العيوب حتى يعمل على تداركها لأنه وإن كانت لا توجد علاقة تعاقدية بينهما إلا أنه يجمعها عمل واحد ^(٢).

(١) محمد ليبب شنب ص ١٣٧ - تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب

بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٣ .

(٢) عبد الرازق حسين يس ص ٧١٤ .

أما إذا أصر المهندس المعماري على وجهة نظره ، أو قرر للمقاول أنه عاجل العيوب التي أشار إليها المقاول، فإنه يتعين على المقاول قبل المضي في التنفيذ أن يطلب منه أمرا كتابيا بالمضي في التنفيذ على مسؤوليته الخاصة مع إحاطة رب العمل بذلك ، وإلا كان مسئولا مع المهندس المعماري عن الأضرار التي تحدث للمبنى .

أما إذا كان رب العمل هو الذي أقرب فحص التربة وبخلوها من العيوب، فإنه إذا كان غير متخصص في أعمال البناء ، تعين على المقاول أن يتمتع عن التنفيذ ، ولو أعطاه أمرا كتابيا بالمضي في التنفيذ، وذلك عملا بالفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدني التي تقضي بسريان الضمان العشري على المهندس المعماري والمقاول، حتى ولو كان رب العمل قد أذن في إقامة المنشآت المعيبة .

أما إذا كان رب العمل متخصصا في أعمال البناء ، فإنه لا مسؤولية على المقاول إذا مضى في التنفيذ^(١).

٧٤- عدم اشتراط أن يكون العيب قديما :

لا يشترط أن يكون العيب في البناء قديما ، أي أن يكون موجودا وقت التسليم فسواء كان موجود قبل التسليم ، أو وجدت جثومته قبل التسليم كتسوس الخشب أو انتشار النمل الأبيض بجزئياته ثم ظهر العيب

(٢) عبد الرازق حسين بس ص ٧١٥ .

بعد التسليم، أو كان العيب قد طرأ بعد التسليم ، ففي الحالتين يجوز لرب العمل الرجوع بالضمان على المهندس والمقاول ويعد هذا خروجاً على القواعد العامة في المسؤولية الناشئة عن عقد المقاولة، إذ لا يضمن المقاول عيوب عمله وفقاً لهذه القواعد إلا إذا كانت قلبية، أى موجودة في العمل عند تسليمه ، أو على الأقل أن يكون مصدرها موجوداً في ذلك الوقت ، أما مسؤولية المهندس والمقاول وفقاً للمادة ٦٥١، فتتحقق ولو لم يثبت أن العيب كان موجوداً في المبنى وقت إقرار رب العمل له .

٢٥- مسؤولية المهندس المعماري عن العيوب الناشئة عن التصميم :

تنص المادة (٦٥٢) مدني على أنه : " إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم " .

وعيوب التصميم ترجع إلى عدة أسباب . منها عيوب تشكل مخالفة لأصول الهندسة المعمارية . كتصميم أساسات غير كافية لحمل البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، كأن تكون غير مرتبطة ببعضها ببعض ارتباطاً كافياً، أو أن تكون غير مستندة إلى طبقة صلبة في باطن الأرض ، أو غير كافية كما من حيث عدد قواعدها أو كيفاً كأن تكون نسب تكوينها على غير ما يقتضيه أصول الفن وقواعده ، ميلاً إلى التوفير في حديد التسليح أو الأسمنت أو مواد العزل أو غير ذلك . ويمكن أن يقال هذا أيضاً بالنسبة

للأعمدة والكمرات والأسقف والجدران وجميع الهياكل الحاملة للبناء مما يجعلها غير قادرة على استيعاب ما تتعرض له من زيادة في التحميل لأى سبب من الأسباب ، ويميل بها إلى ناحية الضعف الذى يودى إلى ظهور العيب بها .

كذلك قد تتمثل فى الخطأ فى قياسات الأبعاد المختلفة ، بحيث تكون غير متناسبة وسمك الأعمدة الحاملة ، أو الجدران ، أو الأسقف أو الكمرات الرابطة ^(١) . أو فى قياس زوايا الارتفاع والانخفاض المختلفة ، على خلاف ما تقتضيه قواعد الفن وأصول الصنعة ، كأن يصمم ميل مظلة السقف بزاوية انخفاض قدرها ٢٥ درجة فى حين تقضى الأصول الفنية أن تكون ٤٠ درجة .

كما يمكن أن تتمثل أيضا فى الخطأ فى تصميم المنافع العامة بالبناء كالخطأ فى تحديد أماكن دخول مياه الشرب وأماكن التغذية بها أو تحديد أماكن خروج مياه الصرف أو تصريف مياه الأمطار ^(٢) .

ومن عيوب التصميم ما تفرضه القوانين المنظمة لعمليات البناء وما تستوجبه لوائح التنظيم من قيود . وفى هذا المعنى جاء فى مجموعة واجبات

(١) فتحى غيث ص ١٠٢ .

(٢) عبد الرازق حسين يس ص ٧٤٧ .

المهنة بفرنسا أنه يتعين " على المهندس أن يحرص على مراعاة كل القيود القانونية واللاحقة الواجبة التطبيق على الأعمال المكلف بها " (١).

فيكون المهندس مسئولاً عن تجاوز خط التنظيم أو تجاوز قدر الارتفاع المسموح به ، أو القدر المسموح به في البروزات أو المطات ، أو وصنع تصميم يخالف كلية للنمط المعماري السائد في المنطقة أو الحي أو المدينة والذي تحكمه قوانين ولوائح التنظيم المختصة بهذه الأماكن أو مخالفة التصميم للنمط في الواجهات (٢).

وقد قضى بأن " من واجبات المهندس المعماري أن يلاحظ عند وضع الرسم أحكام القوانين المتعلقة بالجوار وقيود البناء وحقوق الارتفاق ، سواء ما كان منها مفروضاً بحكم القانون أو ناشئاً عن الاتفاق أو بسبب موقع الأرض الطبيعي، وله في سبيل ذلك أن يكلف المالك بتقديم مستندات ملكية الأرض المطلوب إقامة البناء عليها حتى يتأكد من ذلك كله، فإذا امتنع المالك عن تقديمها إليه التزم المهندس بأن يحصل منه على إقرار بشأن حقوق الارتفاق أو القيود التي لم يحط بها علماً " (٣).

(١) محمد شكرى سرور ص ٦٢ .

(٢) عبد الرازق حسين بس ص ٧٥٠ وما بعدها .

(٣) مصر الوطنية ١٩٤٤/١٠/٣١ المخامة ٢٦ رقم ٩٨ ص ٢٦٢ .

وتنص المادة الرابعة من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ (المعدل) على أنه: " لا يجوز إنشاء مبان أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعليتها أو تعديلها أو تدعيمها أو إجراء أى تشطيبات خارجية إلا بعد الحصول على ترخيص فى ذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وفقا لما تبينه اللائحة التنفيذية .

ولايجوز الترخيص بالمبان أو الأعمال المشار إليها بالفقرة الأولى إلا إذا كانت مطابقة لأحكام هذا القانون ومتفقة مع الأصول الفنية والمواصفات العامة ومقتضيات الأمن والقواعد الصحية التى تحددها اللائحة التنفيذية .

وتسبب اللائحة التنفيذية الشروط والأوضاع اللازم توافرها فيما يقام من الأبنية على جانبي الطريق عاما كان أو خاصا وتحدد التزامات المرخص له عند الشروع فى تنفيذ العمل وأثناء التنفيذ وفى حالة التوقف عنه .

كما تحدد اللائحة التنفيذية الاختصاصات المخولة للسلطات المحلية فى وضع الشروط المتعلقة بأوضاع وظروف البيعة والقواعد الخاصة بالوجهات الخارجية " .

وتنص المادة الخامسة من القانون على أن : " يقدم طلب الحصول على الترخيص من المالك أو من يمثله قانونا إلى الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم مرفقا به المستندات والإقرارات والنماذج التى تحددها اللائحة التنفيذية .

ويكون المهندس المصمم مسؤولا مسئولية كاملة عن كل ما يتعلق بأعمال التصميم ، وعليه الالتزام في إعداد الرسومات وتعديلها بالأصول الفنية والمواصفات القياسية المصرية المعمول بها وقت الإعداد، والقرارات الصادرة في شأن أسس تصميم وشروط تنفيذ الأعمال الإنشائية وأعمال البناء وذلك فيما لم يرد فيه نص خاص في اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

وهذا تأكيد لمسئولية المهندس المعماري عن التصميم .

فإذا اقتصر عمل المهندس المعماري على وضع التصميم ، وجاء التصميم معيبا ، وترتب عليه تدهم في العقار أو وجود عيب فيه ، كان مسئولا عن الضرر الذي حدث من العيب في التصميم . ولكنه لا يكون مسئولا عن عيوب التنفيذ لأنه لم يكن مشرفا عليه . كما لا يكون المقاول الذي قام بالتنفيذ ملتزما بضمان عيوب التصميم إذ التصميم ليس من وضعه ، ولكن إذا كان العيب في التصميم من الوضوح بحيث لا يخفى على المقاول المحرب أى المقاول العادى وأقدم المقاول رغم ذلك على تنفيذ التصميم فإنه يكون ملتزما بالضمان بالتضامن مع المهندس المعماري .

(أنظر نقض طعن رقم ١٨٤٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ -

منشور بئد ٨٤)

أما إذا قام المهندس المعماري بوضع التصميم ثم أشرف على التنفيذ أيضا، كان مسئولا عن عيوب التصميم وعيوب التنفيذ معا . ويكون مسئولا بالتضامن مع المقاول عن عيوب التنفيذ .

وكانت المادة ٨٩٧ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني تنص على أنه : " إذا عمل المقاول بإشراف مهندس معمارى ، أو بإشراف رب العمل وقد جعل نفسه مكان المهندس المعمارى، فلا يكون المقاول مسئولاً إلا عن العيوب التى تقع فى التنفيذ ، دون العيوب التى تأتى من الغلط أو عدم التبصر ، فى وضع التصميم " (١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" نظم المشرع عقد المقاولة بالمادة ٦٤٦ وما بعدها من القانون المدنى، وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعمارى باعتبار عمله فى وضع التصميم والمقايسة وفى مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها ، وجعل قواعد المسئولية عن تهدم البناء وسلامته تشمل المهندس المعمارى والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التى أتت منه . ومن ثم فإن ضمان المهندس المعمارى أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ " .

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧)

٧٦ - مدة الضمان :

تنص المادة ٦٥١ مدنى - كما رأينا - على أن مدة ضمان المهندس المعمارى والمقاول عشر سنوات .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٥ .

فيضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، أو ما يوجد في خلال هذه الفترة من عيوب تهدد متانة البناء وسلامته (م ٦٥١ مدني) .

فقد قدر الشارع مدة عشر السنوات لاختبار متانة البناء وصلابته ، وحسن تنفيذ كافة الأعمال المتعلقة به . وصلاحيته لأداء الغرض الذي أنشئ من أجله . فاكفى بها مدة للضمان ، بحيث لو نقصت عن ذلك ، لما كانت كافية لأن يحدث فيها التهدم ، أو يظهر فيها العيب المعتر قانونا ، وبذلك تذهب الحكمة من تقرير هذا الضمان ، وكذلك لو قدر الضمان بأكثر من ذلك ، لكان عبئا ثقيلا على المهندس المعماري والمقاول ، وهو أمر غير مرغوب فيه ، لما يترتب عليه من صيرورة هذا الضمان سيفا مسلطا عليهما ، وربما كان عائقا لهما - لا سيما المهندس المعماري - عن الابتكار والتجديد في مجال نحن أحوج ما نكون فيه إلى ذلك ^(١).

وسبب الضمان الراجع إلى وضع التصميم يكون قائما قبل التسليم ، بل قبل التنفيذ ويستمر هكذا قائما حتى بعد التنفيذ والتسليم ، ولذلك يكون هذا السبب موجبا للضمان دون حاجة إلى تحديد وقت معين يقوم فيه فهو قائم منذ البداية .

(١) عبد الرزاق حسين يس ص ٢٨٧ .

أما سبب الضمان الراجع إلى التنفيذ فقد يوجد قبل التسليم ويكون خفيا فيتسلم رب العمل الشيء دون أن يظن للعيب . ومن ثم يكون العيب موجبا للضمان ، دون حاجة إلى تحديد وقت معين يقوم فيه والسبب الذى يحتاج إلى وقت معين يقوم فيه هو السبب الذى يرجع إلى التنفيذ إذا طرأ بعد التسليم . فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن السبب الذى يطرأ بعد التسليم لا يكون موجبا للضمان ، ولكن نظرا لخطورة المباني ووجوب امتداد الضمان إلى ما بعد التسليم كما سبق القول ، فقد حدد المشرع مدة لذلك هي عشر سنوات تبدأ من وقت التسليم . وقد رأى المشرع أن هذه مدة كافية لاختبار متانة البناء وصلابته ، فإذا لم يحدث فيه عيب طول هذه المدة ، فقد انقضت مدة الضمان ، ولا عبرة بالعيب الذى يظهر بعد ذلك ، حتى لو كان العيب يرجع إلى مخالفة عمدية للشروط والمواصفات المتفق عليها .

وإذا تهدم البناء بعد مضي أكثر من عشر سنوات ، فإن رب العمل يلتزم بوصفه حارسا للبناء بتعويض من أصابه ضرر بسبب تهدم البناء ، غير أنه لا يجوز لرب العمل الرجوع على المهندس المعماري أو المقاول بالضمان بما دفعه للمضرور^(١).

(١) السهورى ص ١٥٤ - محمد ليب شنب ص ١٣٢ - وعكس ذلك نقض فرنسي ٢٨ يونية سنة ١٩٣٨ ، وأساس الرأى المخالف أن المضرور لو طالب المقاول مباشرة ، ما كان لهذا الأخير أن يدفع هذه المطالبة بمضى عشر سنوات على قبول رب العمل البناء ، لأن مسئولية المقاول تجاهه مسئولية تقصيرية .

ويبدأ سريان مدة عشر السنوات من وقت تسلم العمل، فيجب لإعمال مسؤولية المهندس المعماري أو الما قول أن يحدث الضرر الذي يضمناه في خلال عشر سنوات تبدأ من وقت قبول العمل ، أى من وقت معاينة رب العمل للبناء وإقراره بمطابقته لما هو متفق عليه ، فإذا حرر محضر بالقبول سرت المدة من تاريخ هذا المحضر ، أما إذا لم يحرر محضر، وأمكن استخلاص القبول ضمنا من تسلم رب العمل للبناء بدون إبداء تحفظ، فإن المدة تحتسب من تاريخ هذا الاستلام ، فإن لم يحرر محضر بالقبول ولم يثبت تاريخ شغل رب العمل للمكان، فإن المدة تبدأ من تاريخ تسوية الحساب مع الما قول، سواء قام رب العمل بعمل التسوية بنفسه، أو أتاب عنه المهندس المعماري، وذلك على أساس أن عمل هذه التسوية يفيد القبول من وقتها على الأقل^(١) .

وإذ كان محضر التسليم قد حرر بعد التسلم الفعلى ، فالعبرة بتاريخ التسلم لا بتاريخ المحضر، وكذلك الأمر فيما لو سبق التسلم الفعلى تسوية الحساب مع الما قول. فالعبرة بتاريخ التسلم الفعلى. أما إذا كان التسلم قد سبق إنجاز العمل ، فالعبرة بتاريخ إنجاز العمل لا بتاريخ التسلم الفعلى . أما إذا أبى رب العمل التسلم ، فإن المدة تبدأ من وقت إعذاره . وإذا كان التسليم على عدة دفعات، فمن وقت تمام تسليم آخر دفعة إذا كانت المنشآت لا يمكن تجزئتها لارتباط بعضها ببعض من ناحية الصلاية والمتانة.

(١) محمد لبيب شنب ص ١٢٩ .

أما إذا كانت المنشآت يمكن تجزئتها بحيث لا ارتباط بين جزء وآخر فمن وقت تسلّم كل جزء بالنسبة إلى هذا الجزء^(١).

وواقعة التسلم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات .

وغالباً ما يكون متفقاً على أن يتم استلام العمل على مرحلتين :

مرحلة يكون فيها الاستلام مؤقتاً وتستمر فترة معينة ، وبعدها يصبح

الاستلام نهائياً، والغرض من الاستلام المؤقت هو تمكين رب العمل من

معاينة البناء معاينة دقيقة تسمح له بالتأكد من مطابقته لما هو متفق عليه ،

إذ توجد عيوب لا يمكن اكتشافها إلا باستعمال البناء ، ومن المقرر أن

الاستلام المؤقت لا يفيد قبول رب العمل البناء، وبالتالي فإن مدة عشر

السنوات لا تبدأ من تاريخ استلام المؤقت، بل من تاريخ الاستلام النهائي

بشرط أن يفيد القبول^(٢) .

ويقع عبء إثبات تسلم العمل وتاريخه على عاتق رب العمل ، لأنه

هو الذى يدعى الضمان الخاص، ويطلب الاستفادة من تطبيق قواعده .

ويمكن إثبات التسلم وتاريخه بحضرة التسليم إذا وجد أو بتسوية الحساب

بين رب العمل والمقاول إذا وجد مستند يثبت ذلك. أو بأية طريقة من

(٢) محمد عبد الرحيم عتير ص ٢٠٣ .

(١) محمد ليبب شنب ص ١٣٠ - السنهوري ص ١٥٤ وما بعدها هامش (٢).

طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن لأن التسلم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق^(١).

ويبين من عبارة الفقرة الثانية من المادة ٦٥١ أنه يكفي لتحقيق الضمان وجود العيب في خلال هذه المدة ، ولو لم ينكشف العيب إلا بعد انقضاء هذه . وفي هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم ومدته ثلاث سنوات إلا من وقت انكشاف العيب لا من وقت وجوده كما سئرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تسلم رب العمل البناء تسلماً نهائياً غير مقيد بتحفظ مامن شأنه أن يغطي ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسلم أو معروفة لرب العمل ، أما ما عدا ذلك من العيوب مما كان خفياً لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه البناء فإن التسليم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العيب الموجب ل ضمان المقاول ناشئ عن خطئه في إرساء الأساسات على أرض طفلية غير صالحة للتأسيس عليها وعدم النزول بهذه الأساسات إلى الطبقة الصلبة الصالحة لذلك وأن التسليم لا ينفي ضمان المقاول لهذا العيب فإنه لا يكون قد خالف القانون لأن هذا العيب يعتبر من غير شك من العيوب الخفية التي لا يغطيها التسليم " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

(١) الدناصوري والشواربي ص ١٣٦٥ - محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٠٤ .

٢- (أ) - " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تسلم رب العمل البناء تسليمًا نهائيًا غير مقيد بتحفظ ما وإن كان لا يسقط ضمان المقاول والمهندس عن العيوب الخفية التي لم يستطع صاحب البناء كشفها عند تسلم البناء إلا أن من شأنه أن يغطي ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفة لرب العمل " .

(ب) - " إذا كان الثابت أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاع حاصله أن المطعون ضده تسلم المبنى محل عقد المقاولة المبرم بينهما بموجب محضر التسليم المؤرخ ١٩٨١/١١/١٦ الذي تضمن تسوية الحساب بينهما بشأن الأعمال المتفق عليها فيه دون ثمة اعتراض من المطعون ضده بما يدل على قبوله للأعمال المتعلقة بالتشطيبات الظاهرة مما يعتبر نزولاً منه عن الضمان وكان من شأن هذا الدفاع - لو فطنت إليه المحكمة - تغيير وجه الرأى في الدعوى إذ أن مواده عدم مسؤولية الطاعن عن العيوب الظاهرة ، وكانت محكمة الموضوع قد التفتت عن تناول هذا الدفاع الجوهرى ولم تعن بتمحيصه أو الرد عليه فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بقصور مبطل " .

(طعنات رقما ٣٢٤٦، ٤٥٩١ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٢٠)

٣- " لما كان من المقرر قانوناً أن مسؤولية المقاول عن سلامة البناء لا تقوم أثناء تنفيذ عقد المقاولة فحسب وإنما تمتد إلى ما بعد تسليم البناء وذلك في حالة ما إذا كانت العيوب خفية لا يستطيع صاحب العمل كشفها أثناء التنفيذ ، وهى مسؤولية عقدية تتحقق إذا خالف المقاول الشروط .

والمواصفات المتفق عليها في عقد المقاولة أو انحراف عن أصل الفن وتقاليده الصنعة وعرفها أو أساء استخدام المادة التي قدمها من عنده والتي يستخدمها في العمل أو نزل عن عناية الشخص المعتاد في تنفيذ التزامه .

(طعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٧/١)

وإذا احتاج البناء إلى إصلاح ، فقام به المقاول مقرا بمسئوليته عنه، ولم يكن من الممكن التمييز بين الأعمال الأصلية وأعمال الإصلاح التي أجريت قبل مضي مدة الضمان ، فإن مدة عشر سنوات جديدة تبدأ من تاريخ إتمام الأعمال الجديدة^(١).

٧٧- زيادة مدة الضمان :

إذا كان المقاول قد استعمل طرعا احتياطية لحمل رب العمل على قبول بناء غير مطابق للمواصفات المتفق عليها أي ارتكب غشا، فإن هذا القبول يكون باطلا ، وبالتالي لا يتمتع على رب العمل الرجوع بالضمان ولو لم يقع التهدم أو يكشف العيب إلا بعد مضي عشر سنوات من تاريخ القبول فهو يلجأ إلى دعوى المسؤولية التقصيرية، وهي لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الغش أو بثلاث سنوات من وقت العلم بالغش، وهذا عند من يقولون بالخبرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية^(٢).

(١) محمد لبيب شنب ص ١٣١ - محمد شكرى سرور ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٢) السنهوري ص ١٥٦ هامش (٢) - محمد لبيب شنب ص ١٣١ .

٢٨- طبيعة مدة الضمان :

مدة الضمان المنصوص عليها بالمادة ٦٥١ مدني هي مدة اختبار لثلاثة البناء وصلابته وسلامته ، وليست مدة تقادم ، ولذلك فإنها لا توقف ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه ، أو كان رب العمل غير كامل الأهلية ، أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جنائية ولم يكن له نائب يمثل قانونا (م ٣٨٢م مدني) . كذلك لا يرد عليها الانقطاع^(١).

كما يجوز الاتفاق على إطالة مدة الضمان ، كان تكون خمس عشرة سنة أو أكثر ، وقد تقضى بذلك حسامة المنشآت ودقة العمل بها بحيث أن اختبار مقائلتها وصلابتها يحتاج إلى مدة أطول من عشر سنوات .

غير أنه لا يجوز الاتفاق على إنقاص مدة الضمان عن عشر سنوات ، لأن المادة ٦٥٣ مدني تنص على أن يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه ، وفي إنقاص مدة الضمان حدا منه .

غير أنه إذا بدأ سريان مدة الضمان فإنه يجوز لرب العمل الفوزل عن جزء منها لأنه يستطيع أن ينزل عن الضمان بعد تحقيقه - كما سنرى - فأولى أن ينزل عن بعض الضمان ، ويتحقق ذلك عملا بالألا يتمسك رب العمل بكامل المدة لدى القضاء ، فيعتبر لهذا نزولا منه عن حقه^(٢).

(١) محمد ليب شنب ص ١٢٩ وما بعدها - محمد كامل مرسى ص ٥٠٧ وما بعدها .

(٢) السنهاوري ص ١٥٧ .

٧٩- حالة تكون فيها مدة الضمان أقل من عشر سنوات :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدني تنص على أن : " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهمد كلي أو جزئي .. ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات " .

ومفاد هذا أنه إذا قصد رب العمل والمهندس المعماري أو المقاول أن تسبق المباني والمنشآت الثابتة الأخرى مدة تقل عن عشر سنوات ، فإن مدة الضمان تكون - بداهة - في هذه الحالة أقل من عشر سنوات ، ومثل ذلك أن يكون هناك معرض مدته سنة مثلا ، وأقام أحد العارضين مبنى في المعرض يعرض فيه بضائعه ، فإن المفروض أن هذا المبنى لا يدوم إلا سنة واحدة .

٨٠- أساس دعوى الضمان :

الضمان الخاص للمهندس المعماري والمقاول يقوم على المسؤولية العقدية، لأنه يستند إلى الإخلال بالالتزام العقدى الذى أنشأه عقد المقاولة في ذمة المهندس المعماري والمقاول بأن تكون المباني المشيدة خالية من العيوب ، فإذا تهمد البناء أو ظهر فيه عيب ، فقد تحققت المسؤولية العقدية للمهندس المعماري والمقاول ، سواء نص عليها العقد أو لم ينص ^(١) . لأن هذا الالتزام يترتب على كل عقد مقاولة بنص القانون .

(١) الدناصورى والشواربى ص ١٣٦٨ .

ويرتب على كون مسؤولية المهندس المعماري والمقاول مسؤولية عقدية
انهما لا يلتزمان إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت
التعاقد (م ٢٢١ مدني) :

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن مسؤولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقا
للمادة ٤٠٩ لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من
جنحة أو شبه جنحة مدنية ، ولا يمكن كذلك اعتبارها مسؤولية قانونية من
نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول
وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاولة ، وإنما هي مسؤولية عقدية قررها
القانون لكل عقد مقاولة على البناء سواء أنص عليها في العقد أم لم ينص
، كمسؤولية البائع عن العيوب الخفية فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد
بيع على أساس أنها مما يترتب قانونا على عقد البيع الصحيح " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/١/٥)

٢- " لم تشترط المادة ٤٠٩ من القانون المدني القيد لقيام مسؤولية
المقاول والمهندس المعماري غير حدوث خلل في البناء ولم تنقل عن
التشريع الفرنسي ما تقضي به المادة ١٧٩٢ من ضرورة حصول التهدم
الكلي أو الجزئي ، ومن ثم فإنه وفقا لما جرى به قضاء هذه المحكمة يكفي
لقبول دعوى الضمان أن يكون العيب المدعى به في البناء خللا في متانته
وأن يكون خفيا بحيث لا يكون في استطاعة صاحب البناء اكتشافه وقت

التسلم ، كمسئولية البائع عن العيوب الخفية مع فارق في مدة الضمان إذ جعلها القانون في حالة خلل البناء مدة عشر سنين كاملة " .

(طعن رقم ٨٠ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٦/٩)

٣- (أ) - " يكفى لقيام الضمان المقرر في المادة ٦٥١ سالفه الذكر حصول تهدم بالمبنى ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها وبحسب الحكم إقامة قضاائه بمسئولية المقاول طبقاً لهذه المادة على حدوث هذا التهدم خلال مدة الضمان " .

(ب) - " التزام المقاول والمهندس الوارد في المادة ٦٥١ من القانون المدنى هو التزام بنتيجة هي بقاء البناء الذى يشيدانه سليماً ومتميناً لمدة عشر سنوات بعد تسليمه ومن ثم يثبت الإخلال بهذا الالتزام بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

٤- " نظم المشرع عقد المقاولة بالمادة ٦٤٦ وما بعدها في القانون المدنى، وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري باعتبار عمله في وضع التصميم والمقايضة وفي مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج في صورها ، وجعل قواعد المسئولية عن تهدم البناء وسلامته تشمل المهندس المعماري والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت منه . ومن ثم فإن ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ " .

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧)

٨١- إثباتات مسؤولية المهندس المعماري والمقاول :

ذكرنا سلفاً أن التزام المهندس المعماري والمقاول هو التزام بنتيجة ، وليس التزاماً ببذل عناية ، ومن ثم إذا شاء رب العمل الرجوع بالضمان على المهندس المعماري أو المقاول ، وجب عليه إثبات وجود عقد مقاوله . بينه وبينهما ، وبإثبات حصول تهمم كلي أو جزئي في البناء الذي أقاماه أو وجود عيب يهدد متانته وسلامته ، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية . ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن ، كما يجوز للمحكمة ندب خبير للوقوف على ذلك .

غير أن رب العمل لا يكلف بإثبات خطأ في جانب المهندس المعماري أو المقاول ، لأن الإخلال بالتزام عقدي يثبت الإخلال به بمجرد إثبات عدم تحقق هذه النتيجة .

كما يجوز لرب العمل إذا توافر شرط الاستعجال أن يلجأ إلى القضاء المستعجل ، برفع دعوى إثبات حالة مستعجلة .

جزاء الضمان :

٨٢- (أ) - التعويض النقدي وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه :

إذا تحققت مسؤولية المهندس المعماري والمقاول طبقاً للمادة ٦٥١ مدني ، فإنهما يلتزمان بتعويض رب العمل عن الضرر الذي لحقه ، ويشمل التعويض طبقاً للقواعد العامة ما لحق رب العمل من خسارة وما فاتته من كسب (م) ٢٢١ مدني ، فيشمل التعويض نفقات إعادة البناء إذا كان الضرر هو تهمم كلي أو جزئي أو إصلاح العيب إذا كان الضرر عيباً في البناء ، وإذا

كانت إعادة البناء أو الإصلاح لم يؤد إلى إصلاح كل الضرر كأن نرتب عليها تشويه منظر المبني أو الإقلال من منفعته مما خفض من قيمته الإيجارية، كان لرب العمل الحق في التعويض عن ذلك أيضا . وإذا أدى تدهم البناء إلى مسائلة رب العمل قبل الغير، فإن ما دفعه للغير من تعويضات، يدخل ضمن التعويض المستحق له قبل المهندس والمقاول^(١).

ويقتصر التعويض على الضرر المباشر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، فلا يشمل الضرر غير المتوقع، ما لم يوجد غش أو خطأ جسيم ، فيكون التعويض عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع الحصول (م ٢/٢٢١ مدني) . ويعتبر ضررا متوقع الحصول أن يتهدم البناء فيقع على أحد المارة فيصبه بضرر ويرجع المضرور بالتعويض على رب العمل ، فيدخل هذا التعويض ضمن الأضرار التي أصابت رب العمل. وإذا كانت هناك منقولات لرب العمل داخل البناء، فأتلفها انهدام البناء أو العيب، فإن هذا يعتبر ضررا يستوجب التعويض .

وكما يكون التعويض عن ضرر حال فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع ، فإن قدرت محكمة الموضوع أن هدم المبني مثلا أمر محتمل فإن لها تقدير التعويض على أساس وقوع الهدم .

(١) محمد لبيب شنب ص ١٤٧ - فتحيه قره ص ١٧٢ وما بعدها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت - في حدود سلطاتها التقديرية - إلى أن هدم المبنى أمر محتم ولا محيص من وقوعه ، فإنها إذ قدرت التعويض المستحق للمطعون ضدها على أساس وقوع هذا الهدم ، لا تكون قد قدرته عن ضرر احتمالي وإنما عن ضرر مستقبل محقق الوقوع " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

أما إذا كان الضرر محتمل الوقوع فقط أى ليس محقق الوقوع في المستقبل ، فإنه لا يكون محلا للتعويض ، ومثل ذلك أن يكون مبنى واحد فقط من بين المباني المشيدة بنفس الطريقة وقدرها واحد وعشرون ، ظهر أنه غير صالح للغرض المخصص له بسبب ما ظهر به من عيب ، فلا يجوز للمالك أن يطالب بتعويض الضرر المحتمل في العشرين الآخرين^(١) .

وتقتضى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة ٢/١٧١ مدنى على أنه : " يجوز للقاضى ، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٦٩ هامش (٣٠) - ومع هذا يشير بأنه قضى بأن:

" الخشية المبررة من ظهور عيوب جديدة ، إنما تشكل عنصرا من العناصر التي تقلل من قيمة العمارة " .

بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه .. وذلك على سبيل التعويض " ، ومن ثم فإنه يجوز للقاضي بدلا من القضاء بالتعويض النقدي أن يحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أى يقضى بإلزام المهندس المعماري أو المقاول بإعادة الجزء المتهدم أو إصلاح العيب ، ولها أن تحدد لها أجلا لإتمام ذلك ، وأن ترخص لرب العمل بالقيام بالإصلاح على نفقتهما إذا مضى الأجل ولم يقوما به .

والخيار بين الحكم بتعويض نقدي ، وبين الأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه متروك للمحكمة ، فلا يستطيع رب العمل أو المقاول إلزامها باختيار أيهما وللمحكمة فضلا عن الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه ، أن تحكم بتعويض لرب العمل إذا كانت إعادة الحال لن تزيل كل الضرر ، كما لو استغرق الإصلاح وقتا ، فضاعت على رب العمل بذلك منفعة البناء في خلال هذا الوقت ^(١).

وإذا كان الإصلاح العيني يحدث زيادة في قيمة العقار ، بأن كانت المواد الجديدة أفضل من المواد الواردة في المقايضة أو أجريت أعمال إضافية ، فإنه تجب مراعاة تلك الزيادة . وليس لرب العمل أن يطلب في كل الأحوال الإصلاح العيني ، لأن الأمر ليس متعلقا بتنفيذ الالتزام

(١) محمد ليب شنب ص ١٤٨ - فتحيه قره ص ١٧٣ - محمد شكرى سرور

التعاقدى، إذا المهندس المعماري والمقاول قد وفياه وسلموا العمل . بل هو متعلق بضمان إضافي خوله القانون (١).

ويجوز للمحكمة أن تقضى بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه مع أداء تعويض نقدي ، إذا كانت الإصلاحات لا تصل إلى إزالة العيوب كلية وإنما تجعلها مقبولة .

وتجوز المطالبة بها بدعوى الإثراء على حساب الغير (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لا وجه لتضرر الطاعن من تقدير التعويض على أساس هدم المنزل مادامت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية إلى أن إصلاح العيب الموجود في أساس المبنى - وهو ما كان يقتضيه الحكم بالتنفيذ العيني - يتكلف أضعاف ما انتهت المحكمة إلى القضاء به من تعويض " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٠/٦/١٩٦٥)

٨٢ (ب) - فسخ العقد :

يجوز لرب العمل إذا لم يوف المهندس المعماري أو المقاول بالتزاماته الناشئة عن العقد أن يطلب - بعد إعداره - فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى ، ويترتب على الفسخ إعادة الشئ إلى أصله كهدم البناء

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٩٨ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٩٩ .

المغيب وإعادة الأرض إلى أصلها. ولكن القاضى لا يلجأ إلى ذلك إلا عند الضرورة القصوى .

وقد قضت محكمة النقص بأن :

" إذا كان الثابت من مدونات العقد المؤرخ ٩ نوفمبر سنة ١٩٨٣ أن الطاعن والمطعون ضده السابع قد التزما بموجبه باعتبارهما مقالين بأن يشيدا العقار محل التداعى طبقا للشروط الفنية والهندسية المتفق عليها به فى مقابل التزام المطعون ضدهم الستة الأول بتعليكهما ثلثى الأرض والبناء وإذ أثبت. الحكم المطعون فيه من مطالعته لتقارير الخبراء المقدمة فى الدعوى ظهور عيوب جسيمة فى تصميم بناء هذا العقار وفى تنفيذه وفى مواد البناء المستخدمة فيه وأن هذه العيوب يتوقع زيادتها مستقبلا وأن ترميمها يحتاج إلى أسلوب فنى متخصص تحت إشراف فنى دقيق وأن التأخير فى أعمال الترميم يترتب عليه آثار سلبية تؤثر على سلامة العقار على المدى الطويل بما يحق للمطعون ضدهم إقامة هذه الدعوى للمطالبة بفسخ العقد وإذ أجابه الحكم المطعون فيه لذلك متنها إلى هذه النتيجة الصحيحة فإنه لا يكون قد خالف القانون أيا كان الرأى فى تكليفه القانونى للعقدسند الدعوى " .

(طعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٧/١)

وينبئ على القضاء بفسخ عقد المقاولة انحلاله واعتباره كأن لم يكن ، ولا يكون رجوع المقاول - الذى أحل بالتزاماته - بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استنادا إلى مبدأ الإثراء بلا سبب عملا بالمادة ١٧٩ مدنى .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الحكم بفسخ عقد المقاولة ينبئ عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ولا يكون رجوع المقاول- الذى أحل بالتزامه- بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استنادا إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذى فسخ وأصبح لا يصلح أساسا لتقدير هذه القيمة . ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء وفقا للمادة ١٧٩ من القانون المدنى ، أن يلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى ، أى أنه يلتزم برد أقل قيمتى الإثراء والافتقار ، وكان تقدير قيمة الزيادة فى مال المثرى بسبب ما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أى وقت استحداث البناء ، بينما الوقت الذى يقدر فيه قيمة الافتقار هو وقت الحكم ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر والتزم فى تقدير قيمة ما زاد فى مال المطعون عليه - رب العمل- بسبب ما استحدثه الطاعن- المقاول- من أعمال البناء ، الحدود الواردة على عقد المقاولة الذى قضى بفسخه ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ قى جلسة ١٧/٣/١٩٧٠)

٨٤ - تضامن المهندس والمقاول في الضمان :

الأصل المقرر في القواعد العامة أن التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون (م ٢٧٩ مدني) إلا أن المادة (٦٥١) خرجت في المسؤولية العشرية عن هذه القاعدة ونصت على أن : " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي إلخ " .

ومفاد ذلك أن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عن التهدم الكلي أو الجزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى وما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ، هي مسؤولية تضامنية بمقتضى نص في القانون . ومن ثم يجوز لرب العمل الرجوع عليهما معا متضامنين بالتعويض المطالب به أو بالرجوع على أحدهما فقط بكامل التعويض ولا يجوز لأحدهما دفع المسؤولية التضامنية عنه ينفي الخطأ عن نفسه ونسبته إلى الآخر^(١) .

وهذا التضامن من شأنه تكاتف المهندس والمقاول على الإحادة في البناء للخروج به في صورة كاملة خالية من العيوب ، وهو ما يبعث الاطمئنان في نفس المالك ، ويحافظ على الأرواح والممتلكات . من ناحية أخرى .

(١) محمد شكري سرور ص ٣٠٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادتين ٦٥١، ٦٥٢ من القانون المدنى - يدل على أن نطاق الضمان المقرر بنص المادة ٦٥١ مدنى ليس قاصرا على ما يصيب البناء من تهمد كلى أو جزئى بل إنه يشمل أيضا ما يلحق هذا البناء من عيوب أخرى تهدد متانته أو سلامته ولو لم تكن مؤدية فى الحال إلى تهمده، والأصل فى المسؤولية عن هذا الضمان أن يكون المهندس المعمارى والمقاول مسئولين على وجه التضامن عن هذه العيوب طالما أنها ناشئة عن تنفيذ البناء ، وهى مسئولية تقوم على خطأ مفترض فى جانبيهما ، وترتفع هذه المسئولية عنهما بإثبات قيامهما بالبناء وفق التصميم المعد لذلك والأصول الفنية المرعية وأن العيب الذى أصاب البناء ناشئ عن خطأ غيرهما ، وبالتالي إذا كانت هذه العيوب ناشئة عن تصميم البناء ، دون أن تمتد إلى تنفيذه ، فإن الضمان يكون على المهندس واضع التصميم وحده باعتبار أنه وحده الذى وقع منه الخطأ " .

(طعن رقم ١٨٤٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٨/١١/١٩٩٣)

٨٥ - اقتسام المسئولية بين المهندس والمقاول :

قاعدة تضامن المهندس المعمارى والمقاول فى الضمان إنما تثبت لرب العمل قبل المهندس المعمارى والمقاول . أما فى العلاقة بين المهندس المعمارى والمقاول ، فإن المسئولية تقسم بينهما بنسبة خطأ كل منهما، ويجوز لكل

منتهما أن يرجع على الآخر إذا كان العيب الذى حدث فى البناء بسبب خطئه^(١).

فإذا كان الخطأ هو خطأ المهندس المعماري، كما إذا كان الضرر يرجع إلى عيب فى الأرض وكان المهندس دون المقاول هو الذى يستطيع كشف هذا العيب ، أو كان الضرر يرجع إلى عيب فى التصميم ، وكان هذا العيب غير ظاهر بحيث لم يكن فى وسع المقاول أن يكتشفه ولو بذل عناية مقاول عادى فى دراسة التصميم ، رجع المقاول على المهندس بكل التعويض الذى حكم به عليه، أما إذا ثبت أن الضرر نشأ عن خطأ المقاول، كما لو كان قد نشأ عن استخدام المقاول لمواد معيبة بعيوب خفية لم يكن فى وسع المهندس كشفها ولو بذل عناية مهندس عادى فى فحصه لهذه المسود ، ولم يقع منه أى إهمال أو تقصير فى الإشراف على عملية البناء وإدارتها ، رجع المهندس على المقاول بكل التعويض الذى حكم به عليه. أو إذا ثبت أن الضرر حدث نتيجة خطأ مشترك بين المهندس المعماري والمقاول، فإن المسئولية تقسم بينهما بنسبة مساهمة خطأ كل منهما فى إحداث الضرر مع مراعاة درجة جسامة هذا الخطأ ومثال ذلك أن يثبت نشوء الضرر عن عيب ظاهر فى التصميم ، إذ يوجد خطأ من جانب

(١) محمد كامل مرسى ص ٥١٠ .

المهندس المعماري الذي وضع التصميم المعيب ، وعيب من جانب المقاول الذي كان في مكنته اكتشاف هذا العيب الظاهر .

ويلاحظ أنه إذا كان الضرر راجعا إلى عيب في الأرض وكان هذا العيب ظاهرا للمقاول، فإنه يكون مسئولا مع المهندس ، أما إذا كان هذا العيب لا يمكن اكتشافه إلا بعمل اختبارات جس التربة التي يقوم بها المهندس، وكان المهندس قد قام بعمل هذه الاختبارات أمامه أو أخبره بأنه قام بها ، فإنه في هذه الحالة يتحمل المهندس في النهاية المسؤولية كاملة^(١).
أما إذا كانت مسؤولية المهندس المعماري والمقاول قد قامت دون أن يثبت خطأ في جانب أى منهما، فإن المسؤولية تقسم عليهما بالتساوي، أى يلتزم كل منهما بنصف التعويض المحكوم به .

٨٦ - أساس رجوع كل من المهندس المعماري والمقاول على الآخر:

وإن كان يوجد عقد مقابلة بين كل من المهندس المعماري والمقاول وبين رب العمل ، إلا أنه لا يوجد ثمة عقد بين كل من المهندس المعماري والمقاول. ومن ثم يكون رجوع كل منهما على الآخر بنسبة ما يخصه من التعويض المقضى به لرب العمل على أساس المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة ١٦٣ من التقنين المدني. ويترتب على ذلك أن يرجع منهما على الآخر يكون مكلفا بإثبات الخطأ الذي صدر منه وتسبب في الضرر.

(١) محمد ليب شنب ص ١٤٢ .

ويجوز أيضا لمن دفع التعويض المقتضى به وأراد الرجوع على الآخر، أن يستعمل حقوق رب العمل في هذا الرجوع، لأنه يحل محله بنص القانون (م/٣٢٦/١ مدني) ، فيكون الرجوع في هذه الحالة بدعوى الحلول^(١).

٨٧- تعلق أحكام الضمان بالنظام العام :

تنص المادة ٦٥٣ مدني على أن : " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه "^(٢).

(١) محمد لبيب شنب ص ١٤٢ وما بعدها - السنهوري ص ١٥٢ الهامش -
قدرى الشهاوى ص ١٦٨ .

(٢) وقد وردت هذه المادة بالمشروع التمهيدي للتقنين المدني برقم (٨٩٩) ،
وكانت تنص على أن :

" ١- في المقاولات الصغيرة ، يجوز للمقاول أن يشترط إعفاءه من المسؤولية عن العيب ، أو أن يحد من مسؤوليته عن ذلك . ولكن هذا الشرط يكون باطلا إذا كان المقاول قد تعمد إخفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تغفر .

٢- أما في المقاولات الكبيرة، فيكون باطلا كل شرط يقصده إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ، كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان " .

وفي لجنة المراجعة اقترح حذف الفقرة الأولى وصدر الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة وتعديل الفقرة الثانية تعديلا لفظيا فوافقت اللجنة على كل ذلك ، وأصبح نص المادة ما يأتي :
-

فقد جعل النص أحكام ضمان المهندس المعماري والمقاول من النظام العام، ويرر ذلك حماية السلامة العامة ، لأن تهدم الأبنية والمنشآت المعينة لا يصيب رب العمل وحده بالضرر بل غالبا ما يؤدي إلى حدوث كوارث تصيب الكثيرين بأضرار فادحة في الأرواح والأموال . فمن الضروري حماية سلامة هؤلاء جميعا من المخاطر التي تترتب على حوادث سقوط المباني وانفجار المنشآت^(١).

كما أن رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية في أعمال البناء، بينما المهندس المعماري والمقاول من رجال الأعمال ذى الخبرة الفنية ، وهما

" يكون باطلا كل شرط يقصده إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الخدمته ". وأصبح رقمها في المشروع النهائي (٦٨٢). ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم (٦٨١) .

وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تليت المادة (٢٨١) وهي تقرر بطلان كل شرط يقصده به إعفاء المهندس والمقاول من الضمان أو الخدمته فاعترض على ذلك لأن النص يجعل هذا البطلان من النظام العام ، فقيل تبررا لذلك أنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم بنصوص تعفيهم من المسؤولية والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون في مسائل البناء ، فوافقت اللجنة على إبقاء المادة على أصلها، وأصبح رقمها ٦٥٣ ووافق المجلس على المادة دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٨ وما بعدها).

(١) الدناصوري والشواربي ص ١٣٦٧ .

الطرف الأقوى في عقود المقاولة بسبب هذه الخبرة وإذا أجاز الإشفاء من المسؤولية لأمكن للمهندسين المعماريين والمقاولين الإفلات من المسؤولية بتضمن عقودهم شروطا تعفيهم من المسؤولية ، وفي ذلك ضرر بأرباب الأعمال الذين لا تتوافر لهم الدراية بأعمال البناء .

وقد قيل في الدفاع عن المادة ٦٥٣ أمام لجنة مجلس الشيوخ :

" أنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصا تعفيهم من المسؤولية والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون في مسائل البناء^(١) .

وترتيبا على نص المادة لا يجوز الاتفاق مقدما على الإعفاء من الضمان أى حرمان رب العمل كلية من الرجوع على المهندس والمقاول في حالة حصول تهم أو وجود عيب . كما لا يجوز الحد من الضمان ، بأن يتفق مثلا على أن يقتصر ضمان المهندس المعماري على التهم الكلى دون التهم الجزئى أو وجود عيب ، أو بأن يقتصر رجوع رب العمل على المهندس المعماري وحده أو المقاول وحده . أو اشتراط أن يكون الضمان لمدة خمس سنوات فقط بدلا من عشر سنوات . إذ يكون الاتفاق في الأحوال السابقة باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٣٠ .

والنص يطل الإعفاء من الضمان أو الحد منه حتى لا يضعف من الحماية المقررة لرب العمل، ومن ثم فإنه يكون من الجائز تشديد الضمان، لأن ذلك في صالح رب العمل، فيجوز الاتفاق مثلا على أن تكون مدة الضمان خمس عشرة سنة بدلا من عشر سنوات .

٨٨ - جواز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه :

ما حظرت المادة هو الاتفاق السابق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه، أى الاتفاق السابق على تحقق سبب الضمان . أما إذا تحقق السبب الموجب للضمان بأن حدث التهدم الكلى أو الجزئى أو ظهر العيب، فإن رب العمل وقد تبين له خطورة العيب الذى انكشف، وثبت حقه فى الضمان، يضحى حرا بعد ذلك فله التمسك بالضمان، وله النزول عنه، سواء كان هذا النزول صراحة أو ضمنا .

ومن صور التنازل الضمنى عن الضمان، أن يقوم رب العمل بعد علمه بالتهدم بدفع باقى أجر المهندس أو المقاول دون تحفظ، أو أن يقوم بإصلاح العيب دون تحفظ ودون أن يثبت حالته رغم أنه لم يكن مستعجلا^(١) . أو يرجع رب العمل على المقاول أو المهندس بالضمان عن التهدم الكلى أو الجزئى ولا يرجع بالضمان عن العيب أو العكس.

(١) محمد ليبب شنب ص ١٤٥ - فتحيه قره ص ١٦٨ - عبد الرازق حسين يس . ص ٣٣٥ .

سكوت رب العمل عن حق الرجوع بالضمان مدة طويلة بعد اكتشاف العيب ، إذا اقترن هذا السكوت بملازمات قاطعة في أن رب العمل قصد بسكوته للنزول عن الضمان^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " مقتضى ما نصت عليه المادتان ٦٥١ و ٦٥٣ من القانون المدنى أن كل شرط في عقد الصلح يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من ضمان ما لم يكن قد انكشف وقت إبرامه من العيوب التى يشملها الضمان يكون باطلا . ولا يعتد به إذ لا يجوز نزول رب العمل مقدما وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه فى الرجوع به " .

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٣/٤/١٩٦٧)

(ب) - " إقرار رب العمل فى عقد الصلح بتسليمه البناء مقبولا بمجالاته الظاهرة التى هو عليها ليس من شأنه إعفاء المهندس والمقاول من ضمان العيوب التى كانت خفية وقت التسليم ولم يكن يعلمها رب العمل لأن التسليم ولو كان نهائيا لا يغطى إلا العيوب الظاهرة أو المزمرة لرب العمل وقت التسليم " .

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٣/٤/١٩٦٧)

(١) السهورى ص ١٨٠ وما بعدها .

٨٩.. تقادم دعوى الضمان :

تنص المادة ٦٥٤ مدنى على أن : " تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من حصول التهدم أو انكشاف العيب " .
فدعوى الضمان المنصوص عليها بالمادة ٦٥١ مدنى تسقط بانقضاء ثلاث سنوات .

وتبدأ هذه المدة من تاريخ حصول التهدم الفعلى الكلى أو الجزئى فى حالة عدم انكشاف العيب الذى أدى إليه . ومن تاريخ اكتشاف العيب دون انتظار إلى تفاقمه حتى يؤدي إلى تهدم المبنى واضطرار صاحبه إلى هدمه .

فلو حدث مثلاً أن انكشف العيب أو حصل التهدم فى أوائل عشر السنوات بعد التسليم الفعلى لا يكون لرب العمل حينئذ إلا ثلاث السنوات المقررة لرفع الدعوى .

فإذا حصل التهدم أو ظهر العيب بعد انقضاء أية مدة من سنوات الضمان لا يكون لرب العمل بعدها إلا ثلاث السنوات المقررة لرفع الدعوى .

وإذا لم ترفع الدعوى خلال هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مودى نص المادتين ٦٥١ ، ٦٥٤ من القانون المدنى أن ميعاد

سقوط دعاوى ضمان المهندس المعمارى والمقاول يبدأ من تاريخ التهدم .

الفعلى الكلى أو الجزئى فى حالة عدم انكشاف العيب الذى أدى إليه ، ومن تاريخ انكشاف العيب دون انتظار إلى تقاقمه حتى يودى إلى تهديم المبنى ، واضطرار صاحبه إلى هدمه . وإذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن قد علم بعيوب المبنى من تاريخ رفع دعوى إثبات الحالة ، ولم يثبت أن عيوباً أخرى غير تلك التى كشفها خبير تلك الدعوى أدت إلى اضطراره إلى هدم المبنى ، فإن الحكم إذ قضى بعدم قبول الدعوى لمضى أكثر من ثلاث سنوات بين انكشاف العيب ورفع الدعوى لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، أو شابه القصور فى التسيب ، ولا يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها الحكم المطعون فيه ما قرره من أنه يشترط لتطبيق المادة ٦٥٤ من القانون المدنى حصول تهديم تلقائى وليس هدماً بفعل رب العمل " .

(طعن رقم ٣٥٦ لسنة ٣٨ فى جلسة ١٩٧٣/٥/٣١)

٢- " مفاد المادتين ٦٥١ ، ٦٥٤ من القانون المدنى أن المشرع ألزم المقاول فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى بضمان سلامة البناء من التهديم الكلى أو الجزئى أو العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ، وحدد لذلك الضمان مدة معينة هى عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم المبنى ، ويتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة على أن القانون قد حدد فى المادة ٦٥٤ مدة لتقادم دعوى الضمان المذكور ، وهى ثلاث

سنوات تبدأ من وقت حصول التهدم أو ظهور العيب خلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل البناء إلا أنه يلزم لسماع دعوى الضمان ألا تمضي ثلاث سنوات على انكشاف أو حصول التهدم، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم .

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧)

٣- " المقرر في قضاء محكمة النقض أن ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعماري والمقاول يبدأ من تاريخ التهدم الفعلي الكلي أو الجزئي في حالة عدم انكشاف العيب الذي أدى إليه، ومن تاريخ انكشاف العيب دون انتظار إلى تفاقمه حتى يؤدي إلى تهدم المبنى واضطرار صاحبه إلى هدمه ، وأن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في الأخذ بما تطمئن إليه من الأدلة واطراح ما عداه دون حاجة إلى الرد استقلالاً على ما لم تأخذ به طالما قام حكمها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على قوله " وفي ١٩٨١/١١/١٨ أرسلت الجمعية خطاباً إلى المقاول الذي يمثل شركة الشرق للهندسة والمقاولات مرفق به تقرير هندسي عن المبنى صادر من الدكتور مهندس ... بناء على تكليف الجمعية والدكتور ... والذي بين وجود عيوب وملاحظات تمثلت في وجود هبوط ببعض أرضيات الشقق ورشح بسقف الغرف الداخلية وشروخ بالمدخل والسلم وتنبه عليه بضرورة :

إصلاح العيوب الواردة بالتقرير خلال عشرون يوما فإنه منذ كتابة هذا التقرير تبدأ مدة سقوط دعوى الضمان المنصوص عليها في المادة ٦٥٤ مدن ولما كانت الجمعية قد أقامت دعواها بصحيفتها المودعة في ١٩/١١/١٩٨٦ أى بعد انقضاء المدة المنصوص عليها مما يكون معه الدفع في محله ويتعين إلغاء الحكم المستأنف والقضاء بسقوط دعوى الضمان ولا ينال من ذلك قول الجمعية بأن علمها بالعيوب كان يعد صدور قرار اللجنة الإدارية لحى وسط الاسكندرية إذ أنه فضلا عن وجود التقرير المشار إليه فإن العيوب التى حددتها اللجنة هى بذاتها العيوب التى انتهى إليها التقرير" وكان مفاد هذه الأسباب أن الحكم إذ اعتد بتاريخ تقديم المهندس لتقريره في ١٨/١١/١٩٨١ للجمعية الطاعنة لبدء سريان مدة تقادم دعوى الضمان المنصوص عليها في المادة ٦٥١ من القانون المدنى قد اعتبر العيوب التى أوردها الخبير بتقريره من العيوب التى تهدد سلامة البناء ، وكان البين من مطالعة هذا التقرير والصورة الرسمية لتقرير اللجنة الإدارية لحى وسط الاسكندرية أن ما فصله الحكم من تقرير الخبير لا مخالفة فيه للثابت به وأن العيوب التى أثبتتها تقرير اللجنة الإدارية بحى وسط الاسكندرية هى بذاتها التى نقلها الحكم عن تقرير الخبير ولئن كان الخبير لم يصف ما حدث بالمبنى مما أشار إليه الحكم نقلا عن تقريره بأنه من العيوب التى تهدد سلامة البناء فإن إضفاء هذا الوصف عليه من المحكمة

لا يعتبر خطأ منها في الإسناد إذ من حقها بل من واجبها أن تتحقق مما إذا كان ما حدث بالمبنى يعتبر عيباً مما يضمنه المكاوّل بمقتضى المادة ٦٥١ من القانون المدنى لأن هذا شرط من شروط انطباق تلك المادة التى استندت إليها الجمعية الطاعنة فى دعاوها لما كان ذلك وكانت المحكمة فى وصفها للعيوب التى حدثت بالمبنى على النحو الذى بيّنته فى حكمها واعتدادها باستقرار المهندس فى بدء سريان مدة تقادم دعوى الضمان من تاريخ تقديم هذا التقرير فى ١٨/١١/١٩٨١ للجمعية الطاعنة لم تجاوز سلطتها الموضوعية أو تخالف القانون فإن النعى على قضائها بسببى الطعن يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٨٤ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٢٦)

٤- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد المادتين ٦٥١ ، ٦٥٤ من القانون المدنى ، أن المشرع ألزم المكاوّل فى المادة ٦٥١ بضمان سلامة البناء من التهدم الكلى أو الجزئى أو العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته وحدد لذلك الضمان مدة معينة هى عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم المبنى ، ويتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة ، على أن القانون قد حدد فى المادة ٦٥٤ مدة لتقادم دعوى الضمان المذكورة وهى ثلاث سنوات تبدأ من وقت حصول التهدم أو ظهور العيب وبذلك فإنه وإن كان يشترط لتحقيق الضمان أن يحصل التهدم أو يظهر العيب :

خلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل البناء إلا أنه يلزم لسماع دعوى الضمان ألا تمضي ثلاث سنوات على انكشاف العيوب أو حصول التهدم ، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم".

(طعنان رقما ٣٢٤٦ ، ٤٥٩١ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٢٠)
ويقع على من يتمسك بالتقادم الثلاثي لدعوى الضمان أن يثبت انكشاف العيب في وقت معين ومضى المدة المذكورة بعدئذ .
وهو يجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية - بما فيها البينة والقرائن - لأن الإثبات يرد على واقعة مادية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر أن على صاحب الدفع إثبات دفعه ، ومن ثم على من يتمسك بالتقادم الثلاثي لدعوى ضمان المقاول لعيوب البناء أن يثبت انكشاف العيب في وقت معين ومضى المدة المذكورة بعدئذ " .

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧)

والمقرر أن الدفع بالتقادم مما لا يتعلق بالنظام العام ، ويجب على صاحب المصلحة التمسك به . ويجوز للزول عنه صراحة أو ضمنا .
وهذه المدة ، مدة تقادم فريد عليها الانقطاع . غير أنه لا يكفي لانقطاع التقادم رفع دعوى مستعجلة بإثبات الحالة .

ولا يرد الوقف على هذه المدة لأنها لا تزيد على خمس سنوات ، ولو كان رب العمل غير كامل الأهلية أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جنائية ولو لم يكن له نائب يمثله قانونا (م ٢/٣٨٢) مدني^(١) .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد نص المادة ٤٠٩ من القانون المدني السابق والمادة ٦٥١ من القانون المدني الحالي المقابلة للمادة السابقة ، أن التزام المقاول هو التزام

(١) وقد ورد بمذكرة المشروع التمهدي عن المادة (٩٠٠) من المشروع (التي أصبحت برقم ٦٥٤) ما يأتي :

" اقتبس المشروع الفكرة الأساسية في التمييز الوارد بهذا النص عن المشروع الفرنسي الإيطالي م ٥٢١ فقرة ٥٢٢ و٥٢٣ فقرة أولى (في نهايتها) . وقد ترتب على عدم وجود نص في التقنين الحالي يطابق الفقرة الثانية من هذه المادة ، أن محكمة الاستئناف المختلطة قررت أن دعوى المسؤولية قبل المقاول بناء على نص المادة ٥٠٠ من التقنين المختلط يجوز رفعها بعد مضي العشر السنين المقررة بالنص ، ولا يسقط الحق في إقامتها إلا بمضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع الحادث ويترتب على ذلك أنه لو حدث الخلل في السنة العاشرة فإن الدعوى تبقى جائزة حتى تمر أربع وعشرون سنة من تاريخ تسلم العمل . وقد يكون الداعى إلى تقرير هذا الحل هو الرغبة في ترك وقت كاف لرب العمل الذي يكتشف العيب في آخر لحظة ، حتى ينجح في دعواه قبل المقاول ، على أن هذه النتيجة تعارض تماما مع ما رأيناه من ميل التقنينات الحديثة إلى تقصير المدة التي يبقى فيها كل من المقاول والمهندس مسئولاً ، ولذلك يكتفى المشروع بتحديد مدة سنتين يجوز رفع الدعوى خلالهما ، وذلك قياساً على ما قرره المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٥٢٢) " .

(بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٣١) .

بنتيجة هـى بقاء البناء الذى يشيده سليما ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد تسليمه ، وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما ، وأن الضمان الذى يرجع إلى تنفيذ المقاول أعمال البناء يتحقق إذا ظهر وجود العيب فى البناء خلال عشر سنوات من وقت التسليم ولو لم تنكشف آثار العيب وتفاقم أو يقوم التهدم بالفعل إلا بعد انقضاء هذه المدة " .

(طعن رقم ٤١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٢٣)

٢- "النص فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى على أن يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ... ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ... يدل على أن التزام المقاول هو التزام بنتيجة ، هى بقاء البناء الذى يشيده سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما " .

(طعن رقم ٤٤٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٩/٦/١٢)

٩٠- الأسباب التي تعفى المهندس المعماري والمقاول من المسؤولية :

قدمنا أن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عقدية وأن التزامهما هو التزام بنتيجة ، يثبت الإخلال به بمجرد إثبات عدم تحقق هذه النتيجة فبمجرد ثبوت عدم تحقق النتيجة أى بإقامة الدليل على حصول تهم كلى أو جزئى ، أو على وجود عيب فى البناء يعتبران مخلين بالتزامهما . إلا أنه مع ذلك يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين التهم أو العيب وبين نشاط كل من المهندس والمقاول فإذا انتفت هذه العلاقة فلا محل لمساءلة أى منهما .

وبالتالى فإن هذه المسؤولية تندفع بإثبات أن التهم أو العيب نشأ عن سبب أجنبى لايد لهما فيه ، كقوة قاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ شخص من الغير لا يسأل عنه المهندس ولا رب العمل .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يكفى لقيام الخطأ فى المسؤولية العقدية ، ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المترتبة على العقد ، ولا ترفع عنه المسؤولية إلا إذا قام هو بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة أو بسبب أجنبى أو بخطأ المتعاقد الآخر " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤)

ولكن لا يكفى لنفى مسؤولية المهندس أو المقاول ، أن يثبت أحدهما انتفاء الخطأ فى جانبه ، لاتخاذها مثلا كل الاحتياطات اللازمة لمنع حصول تهم أو وجود عيب ، أو لبذله عناية الشخص المعتاد فى وضع التصميم

والإشراف على العمل أو في القيام بعملية البناء ذاتها ، لأن التزامهما ليس بوسيلة بل هو بتحقيق نتيجة .
كذلك لا تنتفى مسئوليتهما إذا ظل سبب التهم أو العيب مجهولا^(١).
ونعرض فيما يلي لصور السبب الأجنبي الذي يدفع الضمان على المهندس المعماري والمقاول .

١- القوة القاهرة :

يشترط في القوة القاهرة طبقاً للقواعد العامة ألا يكون من الممكن توقعها أو دفعها ، وأن تكون قد جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، فلا يكفي أن تكون قد جعلته صعباً ، ومن أمثلة القوة القاهرة ما يأتي :
١- أن يحصل خلل في استقرار الأرض التي أقيم عليها البناء ، إذا كان هذا الخلل قد نشأ ، لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية ، بل عن أسباب خارجية لم يكن في الإمكان توقعها وقت إقامة البناء^(٢).
٢- إذا كان العيب الحادث في غطاء الأسفلت ناجماً عن هبوط الشارع بسبب خلل في مجارى المياه الممتدة في باطن الأرض^(٣).

(١) محمد لبيب شنب ص ١٣٥ .

(٢) المادة ٨٩٨ من المشروع التمهيدى للتقنين المدق .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مارس ١٩٠١ .

وكانت المادة (٨٩٨) من المشروع التمهيدى للتقنين المدق تنص على أن :
" يسقط عن المهندس المعماري والمقاول الضمان المقرر في المادتين السابقتين ، إذا تبين من الظروف التي أدت إلى كشف عيوب البناء ، أن هذه العيوب قد -

نشأت عن قوة القاهرة ، كما لو حصل خلل في استقرار الأرض التي أقيم عليها البناء ، إذا كان الخلل قد نشأ ، لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية، بل عن أسباب خارجة لم يكن في الإمكان توقعها وقت إقامة البناء " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي عن هذه المادة :

" يؤيد هذا النص ما جرى عليه قضاء المحاكم المصرية ، وعلى الأخص محكمة الاستئناف المختلطة . ويستند هذا القضاء على مبدأين أساسيين :

(١) الخلل في البناء إذا حصل في خلال عشرين سنوات لا يكفى وحده لتقرير مسؤولية الماول ، إذا كان من الثابت أن هذا الخلل لا يرجع لخطئه (استئناف مختلط ٢ يونية سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ص ٣٧١) .

(٢) تهديم البناء الذي لم يثبت سببه بوجه قاطع يفترض أنه راجع لعب في الصنعة يسأل عنه الماول (استئناف مختلط ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ ب ١٥ ص ٣٥٨) . وهكذا تكون المادة ٤٠٩/٥٠٠ من التقنين الحالي قد أقامت قرائن على افتراض الخطأ، من بينها واحدة ليس من السهل دفعها ، وهى قرينة افتراض خطأ أو إهمال في جانب الماول ، إذا كان الخلل راجعا إلى طبيعة الأرض . بل لا يجوز أن نسهل دفع هذه القرينة عن طريق الالتجاء لرأى الخبراء لأنثبت أن الماول لم يرتكب أى خطأ فني في كشف طبيعة الأرض وتعرف عيوبها . إذ يخشى أن يحايى الخبراء أبناء مهتهم ، فنفوت بذلك الحماية التى قصدها المشروع ولذلك قيد المشروع من حالات قبول القوة القاهرة كسبب لسقوط المسؤولية وجعلها قاصرة على الحالة التى يكون فيها ثبوتها قاطعا دون حاجة إلى لأهل الخبرة .

ويمتاز هذا النص أيضا بميزة التوفيق بين الحلول التى قررتها محكمة الاستئناف المختلطة في بعض الحالات العملية . من ذلك استبعاد مسؤولية الماول المكلف بتنظية الطريق بالأسفلت إذا كان العيب الحادث في غطاء الأسفلت ناجما عن هبوط الشارع بسبب خلل في مجارى المياه الممتدة في باطن الأرض (استئناف-

=مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢٢١) وكذلك استبعاد مسئولية المقاول الذى استعمل مواد وأدوات انعقد الإجماع على جودتها ، إذا كان من الثابت أن الخلل الحادث بسببها راجع إلى الأحوال الجوية الخاصة بالقطر المصرى (استئناف مختلط يونية سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ق ٣٧١ ، على أن هذا التطبيق محل للمناقشة)- وفى طائفة أخرى من الأحكام قررت المحكمة إلقاء مسئولية تدهم البناء تحت تأثير ضغط مياه الأمطار على عاتق المقاول حتى لو كانت هذه الأمطار وافرة لدرجة غير عادية ، خصوصا إذا كان البناء منخفضا بجوار الشارع (استئناف مختلط ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ ب ١٥ ص ٣٥٨-٢٢ يناير سنة ١٩١٤ ب ٢٦ ص ١٦٩) . كما أن المحكمة رفضت تمسك المقاول بالقوة القاهرة للتخلص من المسئولية بسبب هبوط أرصفة مقامة على جوانب النيل (البلتان جدول عشرين ٢ ثمرة ٢٤٢٣) . وقد قصد المشروع بالذات هذه الطائفة الأخيرة من الأحكام ، فذكر فى النص ، إلى جانب موقع الأرض ، حركتها الذاتية .

وفى لجنة المراجعة تليت المادة واقتراح تعديلها بما يجعل عبء الإثبات على المهندس والمقاول بأن التدهم والعيب الذى ظهر يرجع إلى سبب أجنبى لا يد لهما فيه فوافقت اللجنة وأصبح نص المادة ما يأتى :

" يسقط الضمان عن المهندس المعمارى والمقاول إذا أثبتا أن تدهم البناء أو العيب الذى ظهر يرجع إلى سبب أجنبى لا بد لهما فيه " . وأصبح رقمها النهائي ٦٨ .

وفى مجلس النواب وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم ٦٨٠ وفى لجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ تليت المادة ٦٨٠ فاعترض على حكمها سعادة الرئيس وأيده سعادة العشماوى باشا قائلا أنها ستكون سببا للتخلص من المسئولية واقتراح حذفها . فقررت اللجنة حذف المادة اكتفاء بالقواعد العامة.-

إنما لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة ما يأتي :

١- وجود عيب في الأرض أدى إلى التهدم أو إلى عيب في البناء وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ - كما رأينا- صراحة على أن هذا العيب لا ينفي مسئولية المهندس والمقاول بنصها على أن :
" يضمن المهندس المعماري والمقاول ... ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها ... إلخ " .

لأن مجرد وجود العيب في الأرض أمر متوقع ومن واجبات المهندس المعماري أن يقوم بعمل الاختبارات اللازمة على الأرض التي سيبني عليها ، ليعرف طبيعتها ويكشف عيوبها ، كما أن هذه العيوب من الممكن تلاقي

ووافق المجلس على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٥ هامش (١) وما بعدها) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادتين ٢/١٤٧ ، ٤/٦٥٨ من القانون المدق أنه إذا حدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة يترتب عليها ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل ، وكان ذلك بسبب حادث استثنائي غير متوقع عند التعاقد وترتب عليه أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا ، فإنه يكون للقاضي وبصفة خاصة في عقد المقاولة ، فسخ هذا العقد أو زيادة أجر المقاول المتفق عليه بما يؤدي إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤)

نتائجها الضارة بتقوية الأساس ، فلا تتوافر في عيوب التربة بصفة عامة ،
الشروط الواجب توافرها فيما يعتبر قوة قاهرة أو حادثا مفاجئا^(١) .

ولكن إذا كان عيب الأرض من العيوب غير المتوقعة ، وكان من
المستحيل على المهندس المعماري أن يكتشفه باتباع القواعد الفنية التي
يتبعها مهندس حريص فطن ، فإن هذا العيب يعتبر قوة قاهرة وبالتالي
ينفى المسؤولية عن المهندس والمقاول . ومثال ذلك أن توجد أطلال مباني
أثرية تحت الأرض على عمق كبير، في منطقة لم تكتشف بها آثار من قبل،
ولم يقل أحد بوجود آثار بها^(٢) .

وقد جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب ما يأتي :

" استفسرت اللجنة في صدد المادة عن العيب الذي يوجد في الأرض
ذاتها إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس
الفطن أياكون المهندس مسئولا عنه ؟ فأجيب بأن المهندس يكون مسئولا
عن العيب الذي يمكن كشفه وفقا لقواعد الفن أما إذا استحال كشف
العيب وفقا لهذه القواعد ، فإن ذلك يكون في حكم القوة القاهرة ،
ولا يكون المهندس مسئولا عنه ، وقد ورد هذا الحكم في المادة ٦٨١
(٦٨٠)^(٣) .

(١) محمد شكري سرور ص ٣٢٢ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٣٦ وما بعدها .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٣ .

١- هبوط الأرض نتيجة للنشع الحادث من مياه الأمطار ولو كانت هذه الأمطار استثنائية ، وذلك إذا كان من الممكن تجنب هذا الهبوط باتخاذ إجراءات معينة وخاصة أن البناء أقيم على مستوى منخفض عن الطريق المجاور ^(١).

٢- خطأ رب العمل :

قد يحدث أن يتدخل رب العمل في عملية البناء ، سواء من قبل البدء في تنفيذ الأعمال ، أو في خلال هذا التنفيذ. فإذا ما كان هذا التدخل خاطئاً فإنه يمكن أن يؤثر على مسؤولية المهندس أو المقاول عن العيوب التي تقع في الأعمال بالتفصيل التالي .

فقد يوافق رب العمل على تصميم معيب للمبنى أو يفرض على المهندس أو المقاول مواصفات معينة ، أو يقدم مواد غير صالحة للبناء . فإذا امتثل له المهندس المعماري أو المقاول ، فإن ذلك لا يعفيهما من المسؤولية ، بل كان يجب عليهما أن يمتنعا عن تنفيذ العمل المعيب إذا أصر عليه رب العمل بعد تنبيهه إلى ذلك . لأن المادة ٦٥١ مدق تنص على مسؤولية المهندس المعماري والمقاول صراحة إذا كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ذلك أن الأصل في المهندس المعماري والمقاول أنهما خبيران في فن البناء، بعكس رب العمل الذي يفترض فيه الجهل بهذا الفن .

أمّا إذانبه المهندس المعمارى والمقاول رب العمل إلى العيوب سالفه الذكر، ولكنه أصر على المضى فى العمل طبقا للتصميم المعيب أو المواد المعيبة فأذعنا له ، فإنهما يظلان مسئولين بالضمان ولا يستغرق خطأ رب العمل خطأهما ، ولذلك توزع المسؤولية عليهما .

وإذا اشترط رب العمل ألا يجرى المقاول أى تعديل بغير موافقة المهندس المقام من قبله ، وأن لهذا المهندس حق رفض المواد المعيبة التى يقدمها المقاول ، فإن هذا كله لا يعتبر تدخلا من رب العمل يجعل الإدارة فى يده ويعفى المقاول من المسؤولية بل هى احتياطات اتخذها رب العمل للثبوت من تنفيذ شروط العقد .

غير أنه يستثنى مما تقدم حالة كون رب العمل من ذوى الخبرة فى فن البناء يفوق خبرة المهندس المعمارى والمقاول الذى تعاقد معهما، لأن إذعاء الأخيران فى مثل هذه الحالة لتعليمات رب العمل لا يعتبر خطأ منهما، وبالتالي فإن الضرر يعتبر راجعا إلى خطأ رب العمل وحده. فترتفع مسؤولية كل من المهندس والمقاول .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لئن كان الأصل أن المقاول الذى يعمل بإشراف رب العمل الذى جعل نفسه مكان المهندس المعمارى لا يسأل عن تهمد البناء أو عن العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان ذلك ناشئا

عن الخطأ في التصميم الذى وضعه رب العمل ، إلا أن المقاول يشترك في المسؤولية مع صاحب العمل إذا كان على عام بالخطأ في التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المحرب .

(طعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢١)

٢- " المقاول الذى يعمل بإشراف رب العمل الذى وضع التصميم والذى جعل نفسه مكان المهندس المعماري يشترك مع رب العمل في المسؤولية عما يحدث في البناء من عيوب إذا كان قد علم بالخطأ في التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المحرب ، إلا أنه إذا كان المقاول قد نبه رب العمل إلى ما كشفه من خطأ في التصميم فأصر على تنفيذه وكان لرب العمل من الخبرة والتفوق في البناء ما يفوق خبرة وفن المقاول فإن إذعان المقاول لتعليمات رب العمل في هذه الحال لا يجعله مسئولاً عما يحدث في البناء من تدهم نتيجة الخطأ في التصميم إذ الضرر يكون راجعاً إلى خطأ رب العمل وحده فيتحمل المسؤولية كاملة " .

(طعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٨)

٣- " المقاول الذى يعمل بإشراف رب العمل لا يسأل عن تدهم البناء أو عن العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان ناشئاً عن الخطأ في التصميم الذى وضعه رب العمل : ما لم يكن المقاول على

علم بهذا الخطأ وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاتل المحرب " .

(طعن رقم ٤٤٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٩/٦/١٢)

٣- خطأ الغير :

خطأ الغير يرفع مسؤولية المهندس المعماري والمقاتل . ولكن يشترط لذلك أن تجتمع في خطأ الغير شروط القوة القاهرة . فيجب أن يكون الخطأ غير قابل للتوقع ومستحيل الدفع ، فإذا لم يكن كذلك ، ظل المهندس والمقاتل مسئولين عن كل الضمان نحو رب العمل، وكان لهما حق الرجوع على الغير المسئولين ^(١) . ومثل ذلك قيام هذا الغير بعمليات حفر على أعماق كبيرة بالقرب من أساسات المبنى ، أو استخدام آلات ضخمة تسبب ارتجاجات شديدة في الأرض على مقربة منه ، مما يؤدي إلى حدوث تصدع به ، فإذا لم يكن المشيد مقصرا أصلا لأنه أقام المبنى على أساسات غير كافية مثلا ، فإن من شأن هذه الأعمال إعفاؤه كلية من المسؤولية . أما إذا كان قد ارتكب خطأ فنيا في عملية التشييد ، فإن هذه الأعمال قد تكون قد أسهمت في إحداث الخلل بالمبنى أو في تفاقم ما كان به أصلا من العيوب ، فإنه يكون للقاضي أن يخفض مقدار التعويض الواجب على المشيد لصاحب البناء بنسبة مساهمة هذه الأعمال في

(١) الدناصوري والشواربي ص ١٣٦٧ .

إحداث الضرر أو في تشديد آثاره . ويفترض ذلك - بطبيعة الحال - أن تتصف هذه الأعمال ذاتها بصفة الخطأ ، وهى مسألة تتوقف على ظروف كل حالة على حدة ^(١).

٩١- مسئولية المهندس المعماري والمقاول قبل الغير :

الضمان المقرر في المادة (٦٥١) مدنى لصالح رب العمل يقوم على أساس المسؤولية العقدية ، إذ يربط رب العمل بالمهندس المعماري والمقاول عقد المقاولة ، وليس هناك رابطة قانونية من هذا النوع بين الأخيرين والغير ، الذى تحدث له ثمة أضرار من البناء .

وعلى ذلك فإن الغير الذى تحدث له ثمة أضرار من البناء ، لا يستطيع مطالبة المهندس والمقاول بالتعويض استنادا إلى المادة (٦٥١) مدنى ، بل له الرجوع عليهما على أساس المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة (١٦٣) مدنى ، وبالتالي يلتزم بإثبات خطأ تقصيرى من جانب أحدهما .

ومثل ذلك إهمال المقاول فى اتخاذ الاحتياطات الفنية الضرورية لحماية الباقى المجاورة مما يودى إلى تصدعها وانهارها ، وإصابة أو وفاة أحد الجيران أو المارة أو إتلاف أموال الغير . أو إذا أهمل المهندس المعماري فى مراجعة تصميمات وضعها مهندس سابق قبل أن يوافق على تنفيذها ، إذا كان من شأن هذا الإهمال أو ذاك أن يخرج المبنى مشوبا بالعيب الذى أدى إلى

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٥١ .

الإضرار بالغير^(١). وهو إهمال يشكل أيضا إخلالا من جانبه بالتزاماته العقدية في مواجهة رب العمل .

وتجدر الإشارة في هذا الشأن الإشارة إلى ما تنص عليه المادة ٤/٢٥ من اللائحة التنفيذية للقانون للقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ في شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء على أنه : " يتعين على المرخص له قبل الشروع في الأعمال القيام بالآتي : ٤- أن يقوم قبل البدء في تنفيذ الأعمال المرخص بها باتخاذ إجراءات الأمن اللازمة لوقاية وسلامة الجيران وأملاكهم والمارة والشوارع وما قد يكون في باطن الأرض من أجهزة ومنشآت المرافق العامة وغيرها ، ولا يجوز إجراء أى عمل من أعمال البناء ما بين غروب الشمس وشروقها إلا بموافقة الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم " .

كما يجوز له الرجوع على رب العمل ، إذا أثبت حصول خطأ من جانبه أدى إلى حدوث الضرر .

وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض إذ قضت بأن :

١- " لا يجوز لصاحب بناء اعتري بناءه خلل بسبب تقصير المقاول في أعمال البناء المخاور أن يوجه دعواه بالتعويض إلى مالك هذا البناء لمجرد كونه مالكا ، إذ مادام التقصير قد وقع من المقاول وحده فإن المسؤولية عن ذلك لا تتعداه " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/١١/٣)

٢- " إذا حملت المحكمة المداول وحده ، دون الحكومة ، المسؤولية عن الضرر الذى أحدثه بالنازل المجاورة للمشروع الذى عهدت إليه الحكومة القيام به (حفر حفرة لوضع ماكينة المجارى الخاصة ببلدية الفيوم) ، وذلك بناء على أن الحكومة حين عهدت إليه بالعملية وهو مداول فنى حملته مسؤولية الأضرار التى قد تحصل عنها ، وأنه لم يثبت أنها هى قد وقع منها خطأ فى تصميم العملية الذى قدمته له وسار على أساسه ، ولا أن المهندس الذى كلفته الإشراف على العمل تدخل تدخلًا فعليًا فى الأعمال التى كان يجرىها ، وأن وضع الحكومة مواصفات المداولة ورسومها وعدم استطاعة المداول الخروج عن حدود هذه المواصفات لم يمكن ليحول دون أن يتخذ هو من جانب الاحتياطات التى كان يجب اتخاذها لمنع الضرر عن الغير عند تنفيذ المداولة ، فإن هذا الحكم لا يكون فى قضائه بعدم مسؤولية الحكومة قد شابه قصور فى إيراد الوقائع " .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٦/١)

٣- " إنه بمقتضى الأحكام العامة المقررة فى المادتين ١٥١ و ١٥٢ من القانون المدنى يجب إلزام الحكومة بتعويض الضرر الناشئ عن فعل المداول الذى اتفقت معه على القيام بعمل لها أن يثبت الحكم أن الخطأ الذى نجم عنه الضرر قد وقع من موظفيها فى أعمال المداولة ، أو من المداول إن كان يعد فى مركز التابع لها . وإذن فإذا أسس الحكم مسؤولية الحكومة على

بمجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاتل دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ في عملية المقاتلة ، وما أثر هذا الخطأ في سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر الذى وقع ، أو هل الإشراف قد تجاوز التنفيذ فى حد ذاته واحترام شروط المقاتلة مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلا فعليا فى تنفيذ عملية المقاتلة بتسييرها المقاتل كما شاءت ، فهذا الحكم يكون قاصرا عن إيراد البيانات الكافية لقيام المسئولية " .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ١٠ ق ، ٥ لسنة ١١ ق جلسة ١٧/٤/١٩٤١)
٤- "إن مقتضى حكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى أن علاقة التبعية تقوم على السلطة الفعلية التى تثبت للمتبع فى رقابة التابع وتوجيهه سواء عن طريق العلاقة العقدية أو غيرها ، وسواء استعمل المتبع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما أنه كان فى استطاعته استعمالها . لما كان ذلك وكان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بمسئولية الطاعة - الهيئة العامة للمحارى والصرف الصحى - عن خطأ المطعون عليه الثانى - مقاتل الحفر على ما خلص إليه استنادا إلى شروط المقاتلة وتقرير الخبر من أن عمل موظفى الطاعة لم يقتصر على مجرد الإشراف الفنى ، بل تجاوزه إلى التدخل الإيجابى فى تنفيذ العملية وهو ما تنوافره سلطة التوجيه والرقابة فى جانب الطاعة ويؤدى إلى مساءلتها عن

الفعل الخاطئ الذى وقع من المطعون عليه الثانى باعتباره تابعا لها ، ولا وجه للاحتجاج بأن الحكم لم يعمل شروط عقد المقاوله المبرم بين الطرفين فسيما نص عليه من أن المقاول هو وحده المسئول عن الأضرار التى تصيب الغير من أخطائه وذلك إزاء ما حصله الحكم من ثبوت السلطة الفعلية للطاعنة على هذا المقاول فى تسيير العمل " .

(طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

٥- (أ) - " علاقة التبعية لا تقوم وفقا لحكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى إلا بتوافر الولاية فى الرقابة والتوجيه بأن يكون للمتبوع سلطة فعلية - طالت مدتها أو قصرت - فى إصدار الأوامر إلى التابع فى طريقة أداء عمله وفى الرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها، وأن المقاول - كأصل عام - يعمل مستقلا عن صاحب العمل ولا يخضع لرقابته وتوجيهه وإشرافه فلا يكون هذا الأخير مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه " .

(ب) - " إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أيد الحكم الابتدائى لأسبابه وأورد مدونات قولة " إن قضاء محكمة أول درجة قد أصاب صحيح الواقع والقانون فيتعين معه القضاء ... بتأييد الحكم المستأنف لأسبابه ولا يقدح فى ذلك ما أثاره المستأنف الثانى فى الاستئناف الأسمى - الطاعن - بعدم مسئولية قبل الشركة عما أصابها من أضرار بمقوله أن

المستأنف الأول- المطعون عليه الثاني-ليس تابعا له ، إذ أنه مالك قطعة الأرض المجاورة لمخزن الشركة وأن المستأنف الأول كان يعمل بتوجيهه وتحت إشرافه المباشر ومن ثم يكون تابعا له ويسأل عن أعماله باعتباره متبوع " وكان هذا الذى ساقه الحكم واتخذة عمادا لقيام مسؤولية الطاعن بصفته متبوعا للمقاول الذى عهد إليه بعملية حفر الأساس بأرضه لايواجه دفاع الطاعن بانتفاء تبعية المقاول له ولايؤدى إلى النتيجة التى أقام عليها قضاءه إذ لا يبين منه مصدر هذا الإشراف ومداه وكيفية هذا التوجيه وصورته كما لم يبين الحكم سبيله إلى هذا الذى خلص إليه والمصدر الذى استقاؤه منه حتى يعرف بوضوح أساس مسؤولية الطاعن وحقيقة ما وقع منه وما إذا كان قد تدخل فعليا فى تنفيذ العمل الذى ناط به المقاول المطعون عليه الثاني فإنه فضلا عن قصوره يكون معيبا بالخطأ فى القانون والفساد فى الاستدلال " .

(طعن رقم ٢٩٨٠ ، ٣٠٥٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٥)
وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى فتاها رقم ٥٦٨ فى ١٩٩٧/٧/٢٩ جلسة ١٩٩٧/٧/٢٧
بأن :

" واستظهرت الجمعية مما تقدم أن المسؤولية التقصيرية تقوم على أركان ثلاثة : الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، وأن الخطأ لا يفترض وإنما

يجب على المضرور إثباته وبيان وجه الضرر الذى حاق به من جرائه، ومن ناحية أخرى فإنه مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة تتحقق متى صدرت هذه الأفعال عنه أثناء قيامه بأعمال وظيفته أو بسببها شريطة أن تتوافرين التابع والمتبوع رابطة تبعية قوامها خضوع الأول لسلطة الثانى الذى يكون له حق رقابته وتوجيهه فيما يقوم به لحسابه من عمل محدد، فتلك السلطة بشقيها هى التى تجعل المتبوع مسئولاً عن خطأ تابعه ويستقيم بها سند الرجوع على المتبوع .

ولما كان الأصل فى عقد المقاولة- أن المقاول لا يخضع لإرادة رب العمل وإشرافه ولا يكون مسئولاً عن المقاول المتبوع عن أعمال تابعه، ومن ثم فإن الهيئة القومية لسكك حديد مصر وقد ارتبطت مع شركة الفتح للمقاولات بعقد مقاولة تغدو غير مسئولة عما أحدثه عمال الشركة من تلفيات لمنشآت الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية، وهو الأمر الذى تغدو معه المطالبة الماثلة على غير سند من القانون، ويتعين من ثم رفضها وللهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية وشأنها مع شركة الفتح للمقاولات على ما تأنسه حقاً لها " .

ويكون المقاول مسئولاً أيضاً عن خطأ أتباعه مسئولية المتبوع عن التابع. ولكن فى هذه المسئولية التقصيرية لا يكون مسئولاً عن خطأ المقاول من الباطن لأنه لا يعتبر تابعاً له^(١).

(١) السنهورى ص ١٦٦ الهامش .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المادة ٤١٣ من القانون المدنى ولو أنها تحول المقاول إعطاء المقاوله لآخر إذا لم يكن متفقا على خلاف ذلك إلا أنها تعده مسؤولا عن عمل هذا الآخر . وبناء على ذلك فإن مجرد قيام مقاول من الباطن تحت إشراف الحكومة بالعمل الذى تعاقد عليه المقاول الذى اتفقت معه لا يقطع مسؤولية هذا المقاول، خصوصا إذا كان فى شروط التعاقدما يحمله مسؤولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المقاوله " .

(طعن رقم ٧٦ ١٠ ق، ٥ لسنة ١١ ق جلسة ١٧/٤/١٩٤١)

٢- " إذا كان المدين مسؤولا عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزامه العقدى، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر أن المقاول الذى عهد إليه الطاعن - المالك - بتنفيذ عملية الترميم قد أخطأ فى عمله خطأ ترتب عليه هدم المبني ، فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتبر الطاعن مسؤولا أمام المطعون عليه - المستأجر - عن الخطأ الذى ارتكبه المقاول دون تعليق دعوى المطعون عليه على الفصل فى الدعوى التى رفعها الطاعن ضد المقاول . لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٦/٢/١٩٧٨)

وقبل تسليم المقاول البناء إلى رب العمل ، فإن البناء يكون فى حراسة المهندس والمقاول . ويستطيع الغير الرجوع على المقاول والمهندس بالنسبة لما يتم تسليمه إلى رب العمل من البناء . وتقوم دعواه على المسؤولية التقصيرية البنية على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس (١٧٧م مدنى)^(١) .

(١) محمد لبيب شنب ص ١٤٨ - محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢١٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المسؤولية المقررة بالمادة ١٧٨ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إنما تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ ، ومن ثم فإن هذه المسؤولية لا تدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما أو أنه قام بما ينبغي من العناية والحيلة حتى لا يقع الضرر من الشئ الذى فى حراسته، وإنما ترتفع هذه المسؤولية فقط إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يدله فيه ، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير " .

(طعن رقم ٥٣٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١)

كما قضت بأن :

" نصت المادة ١٧٨ من القانون المدنى على أن " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يدله فيه " ومن ثم فإن الحراسة الموجهة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقاً لهذا النص إنما تتحقق بسيطرة الشخص على الشئ سيطرة فعلية لحساب نفسه. ولما كان الثابت فى الدعوى أن الشركة الطاعنة عهدت إلى مقاول بسد فتحات فى أبواب بمبان مملوكة لها، وفى يوم الحادث كان مورث المطعون عليه الأول عن نفسه وبصفته وهو أحد العمال التابعين للمقاول يقوم بعمله وأثناء مروره صعقه سلك كهربائى مسند على حائط فى المبنى، فإن الحراسة على هذا السلك تكون وقت

الحادث معقودة للشركة باعتبارها صاحبة السيطرة الفعلية على البناء والسلك الكهربائي الموجود فيه ، ولم تنتقل هذه الحراسة إلى المقاول لأن عملية البناء التي أسندت إليه لا شأن لها بالأسلاك الكهربائية الموجودة في المبنى أصلاً ، وبالتالي تكون الشركة مسؤولة عن الضرر الذي لحق بمورث المطعون عليه الأول مسؤولية أساسها خطأ مفترض طبقاً لنص المادة ١٧٨ سالفه الذكر، ولا تنتفى عنها هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد لها فيه " .

(طعن رقم ٥٣٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١)

وتستقادم دعوى المسؤولية التقصيرية المرفوعة من الغير ضد المهندس المعماري والمقاول بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (١/١٧٢م) مدني.

(موضوع رقم ٥)

(التزامات رب العمل)

٩٢- تعداد :

يقع على عاتق رب العمل تجاه المقاول ثلاثة التزامات هي :

١- القيام بما هو ضروري لإنجاز العمل .

٢- تسلم العمل بعد إنجازه .

٣- دفع الأجر .

ونعرض لهذه الالتزامات الثلاثة بالترتيب على التوالى .

(الالتزام الأول)

(القيام بما هو ضروري لإنجاز العمل)

٩٣- مضمون الالتزام :

يلتزم رب العمل بأن يبذل ما هو ضروري لتمكين المقاول من البدء فى تنفيذ العمل المكلف به وإنجازه فإذا كان القيام بالعمل يتطلب ترخيصا من سلطة معينة ، كما لو كان المقاول فى حاجة إلى رخصة للبناء للبدء فى العمل، وجب على رب العمل أن يحصل على الرخصة فى الميعاد المناسب حتى لا يتأخر المقاول فى بدء تنفيذ العمل .

وكذلك الأمر فى كافة التراخيص الإدارية الأخرى التى يحتاجها العمل من بدايته إلى نهايته .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تأخير الطاعن - رب العمل في عقد المقاولة - في الحصول على التراخيص اللازمة لبدء العمل والمضى في تنفيذه حتى يتم إنجازها هو إخلال بالتزامه التعاقدى ، ومن ثم يعتبر في ذاته خطأ موجبا للمسئولية لا يدرؤها عنه إلا إثبات قيام السبب الأجنبي الذى لا يد له فيه " .

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١)

وإذا كان رب العمل قد تعهد بتقديم الأدوات والآلات ، والمواد اللازمة التى تستخدم فى العمل ، كما لو كان عقد المقاولة هو تشييد مدينة سكنية وقد تعهد رب العمل بموجبه بتقديم المواد الأولية من أسمنت وزلط وأخشاب ومعدات رافعة وآلات للحفر ... إلخ ، وجب على رب العمل تقديمها فى الوقت المتفق عليه ^(١) .

وإذا كان العمل يجب أن يتم وفقا لمواصفات أو رسومات أو بيانات يقدمها رب العمل. وجب عليه تقديمها فى الوقت المتفق عليه أو فى الوقت المناسب لأنه لا يمكن تنفيذ العمل بدونها . بل إن رب العمل يلتزم بالذهاب إلى مكان العمل بنفسه ، وإذا كان وجوده فيه أمرا لا بد منه لإتمام العمل ، كما لو كان العمل هو رسم صورة ، إذ يلتزم رب العمل بالوقوف أمام الرسام المدة الكافية لإنجاز هذا الرسم ، أو كان العمل هو

(١) قدرى الشهاوى ص ١٨٤ .

حياسة ثوب، إذ يلتزم رب العمل أولا بتمكين الخائف من أخذ مقاساته ، ثم من تجربة الثوب عليه ^(١). وكذا إذا كان القيام بالعمل يستلزم التدخل الشخصى لرب العمل - دون تواجده بمكان العمل - كأن يتولى المؤلف مراجعة تجارب مؤلفه المقدم للطبع ، إذا يجب عليه القيام بذلك فى الوقت المناسب وطبقا للعرف السارى .

ويلتزم رب العمل بترك المقاول يعمل فى هدوء ويسر ، فلا يقيم أمامه ثمة عقبات ، أو يسبب له المشكلات أو الصعوبات من أى نوع، والى يكون من شأنها عدم تمكنه من المضى فى تنفيذ العمل .

كما يلتزم بالآلا يسحب من المقاول العمل فى أى وقت إلا لسبب مشروع ، وطبقا للحدود والشروط التى عينها القانون .
(أنظر بنود ١٦٧ وما بعده) .

٩٤- جزاء إخلال رب العمل بهذا الالتزام :

إذا لم يقم رب العمل بتنفيذ التزامه بالقيام بما هو ضرورى لإنجاز العمل .
جاز للمقاول - طبقا للقواعد العامة - طلب التنفيذ العينى إذا كان ذلك ممكنا، بالترخيص له بشراء الأدوات والآلات والمواد اللازمة لتنفيذ العمل على نفقة رب العمل .

(١) محمد لبيب شنب ص ١٤٩ - محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٢٥ .

وإذا كان التنفيذ العيني غير ممكن إلا بتدخل رب العمل شخصياً، كما لو احتاج الأمر إلى وجوده، بمكان العمل، جاز للمقاول أن يلجأ إلى طريقة التهديد المالى لإرغامه على تنفيذ التزامه وللمقاول فى كافة الأحوال طلب التعويض إذا كان عدم تنفيذ رب العمل لا لزامه أو تأخره فى تنفيذه قد سبب له ضرراً .

ويجوز للمقاول أيضاً طلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى ، ويخضع القضاء بالفسخ لتقدير المحكمة طبقاً للقواعد العامة والتي لها إعمال رب العمل حتى يقوم بالتنفيذ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تحصيل المعنى الذى قصده المتعاقدان من عبارات العقد مستهدية بالظروف التى أحاطت بها . وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن نطاق البند التاسع من قائمة الشروط الملحقة بعقد المقاول يقتصر على مواجهة حالة تغير الفئات والأثمان المتفق عليها ، ولا يتضمن شرطاً بإعفاء رب العمل من التزاماته الناشئة عن العقد، ومنها التزامه بتمكين المقاول من إنجاز العمل ، وهو يفرض عليه الحصول على رخصة البناء للبدء فى العمل ، كما يفرض عليه الحصول على التراخيص اللازمة للمضى فى تنفيذه ، وكان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأنه وكل المقاول أو أنابه عنه فى استخراج الرخصة اللازمة لبناء

بساقي الأدوار ، فإن الحكم المطعون فيه إذ رتب مسئولية الطاعن عن توقف العمل نتيجة عدم استخراج هذه الرخصة لا يكون قد خالف القانون أو شابه خطأ في الإستناد .

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١)^(١)

(١) وقد قضى ذات الحكم بأن :

" متى كان الحكم قد انتهى إلى إخلال الطاعن - رب العمل في عقد المقاولة - بالتزامه من جراء تأخره في الحصول على رخصة البناء في الوقت المناسب ، فإن إعذاره لا يكون واجبا على الدائن بعد فوات هذا الوقت ، إذ لا ضرورة للإعذار بنص المادة ٢٢٠ من القانون المدنى إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل المدين .

وإذا كان الحكم قد قضى بالتعويض المستحق للمطعون عليه دون أن يرد على ما تمسك به الطاعن في دفاعه من ضرورة إعذاره في هذه الحالة ، فإن لا يكون مشوبا بالقصور " .

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١)

(الالتزام الثانى)
(تسليم العمل بعد إنجازه وتقبله)

٩٥- النص القانونى :

المادة (٦٥٥) :

"مضى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه " .

٩٦- المقصود بتسليم العمل وتقبله :

يعتبر المقاول موفيا بالتزامه بتسليم العمل الذى كلف بإنجازه، بوضعه تحت تصرف رب العمل بحيث يستطيع الانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام قد أعلمه بذلك . ويتم تسلم العمل بالاستيلاء عليه استيلاء فعليا ، أى بوضع رب العمل يده عليه ^(١).

ولكن يقتصر أثر التسلم على ذلك ، فهو لا يرفع مسؤولية المقاول عن عيوب عمله، إلا إذا كان التسلم يفيد فى نفس الوقت معنى قبول العمل بدون تحفظ.

فلا يرفع مسؤولية المقاول سوى تقبل العمل والموافقة عليه دون تحفظ بعد فحصه . ويبرر ذلك أن عقد المقاولة أبرم عن شئ لم يكن موجودا ،

(١) محمد لبيب شنب ص ١٥٠ .

فيجب أن يستوثق رب العمل بعد إنجاز الشيء ومعاينته من أنه موافق للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة وفي هذا يختلف عقد المقاوله عن عقدي البيع والإيجار، فالعين المبيعة أو الموحرة تكون غالبا عينا معينة بالذات ومعروفة للمشتري أو المستأجر، ولا يقتضى الأمر أكثر من تسلمها دون حاجة إلى القبول بالمعنى السابق .

ويحصل التسلم والتقبل - عادة - في وقت واحد، إذ يتسلم رب العمل الشيء المتفق عليه ويقوم بفحصه وتقبله في ذات الوقت .

غير أن التقبل قد يسبق التسلم أو يليه، والصورة الأولى هي التي يفحص فيها رب العمل، العمل بعد إنجازه وهو لا يزال في يد المقاول ويثق أنه استوفى الشروط المتفق عليها أو أصول الصنعة ولكنه لا يتسلمه، وفي الصورة الثانية هي تسلم رب العمل الشيء المعهود به إلى المقاول قبل إنجازه أو بعد إنجازه دون أن يفحصه أو يتقبله . والعبرة فيما يترتب من آثار بالتقبل دون التسلم .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " تسلم رب العمل الشيء المصنوع لا يرفع مسؤولية الصانع في عقد الاستصناع عما يظهر في صناعته من عيب إلا إذا كان هذا التسلم يفيد معنى القبول بغير تحفظ .

(ب) - تسلم رب العمل الشيء المصنوع - أثوابا من الأقمشة - على دفعات متتالية تشمل كل دفعة منها أثوابا مغلفة دون فضها في الحال

للتحقق من سلامتها . هذا التسلم يجب الرجوع فيه إلى العرف التجارى
لتبين ما إذا كان يفيد معنى القبول الذى يرفع مسؤولية الصانع أم لا .
(ج) - أحكام العيب الخفى التى نص عليها فى المواد ٣١٣-٣٢٤ من
القانون المدنى - القديم - فى باب البيع لا تنطبق فى حالة عقد الاستصناع
غير المختلط بالبيع وهو العقد الذى يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع
الأدوات اللازمة .

وإذن فمضى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى التعويض التى رفعتها
الطاعنة على المطعون عليها بسبب تلف أقمشتها عند تبييضها فى مصبغتها،
قد أقام قضاءه على أن العقد المبرم فيما بينها وبين المطعون عليهما هو
عقد استصناع وأن مسؤولية هذين الأخيرين عن تبييض أقمشة الطاعنة قد
انتهت بتسليمها هذه الأقمشة بغير قيد أو شرط وأنه حتى لو كان قد ظهر
فيها تلف نتيجة الصباغة فهو عيب خفى كان يجب أن ترفع عنه الطاعنة
دعوى الضمان فى خلال ثمانية أيام من وقت تحققها منه وذلك سواء أكان
عقد الاستصناع مختلطاً أم ليس مختلطاً ببيع، وكان الحكم قد خلا من
بحث ما تمسكت به الطاعنة من أن تسلمها الأقمشة لا يفيد القبول الذى
يرفع مسؤولية المطعون عليها لأنها تسلمتها على دفعات متتالية تشمل كل
دفعة منها أثواباً مغلفة دون فضها فى الحال للتحقق من سلامتها كما جرى
بذلك العرف التجارى وأنها بادرت بإخبار المطعون عليها بظهور العيب
بها بمجرد ردها من عملائها لوجود احتراق فيها . كذلك لم يبين الحكم
ما إذا كان تسلم الطاعنة الأقمشة فى الظروف سالفة الذكر فيه معنى

القانون الذى يرفع مسئولية المطعون عليها عما يكون قد ظهر فيها من عيب أم غير ذلك . فضلا عن أنه أجرى على الدعوى حكم المادة ٣٢٤ من القانون المدنى - القديم- دون أن يقرر تقريراً مدعماً بالأسباب المبررة أن العقد يتضمن البيع علاوة على أنه عقد استصناع اعتماداً على ما ذهب إليه خطأ من أن حكم المادة المذكورة ينطبق على عقد الاستصناع سواء أكان مختلطاً أم غير مختلط بالبيع- فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون كما شابه القصور " .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٤/١٢/١٩٥٠)

ولما كان المألوف عادة - كما ذكرنا سلفاً- أن يتم التقبل مع التسلم، فنتناول التسلم باعتباره متضمناً للتقبل .

٩٧- شروط التسلم :

ذكرنا آنفاً أن التقبل يكون معاصراً للتسلم فى العادة ، فيكون التسلم متضمناً للتقبل . ويجب لتحقيق التقبل أن يكون العمل محل التسلم مطابقاً للشروط المتفق عليها بالعقد بين رب العمل والمقاول، فإذا لم تكن ثمة شروط متفقاً عليها ، فيجب أن يكون العمل مستوفياً ما تقضى به أصول الصنعة لنوع العمل محل المقابلة .

وإذا وقع خلاف بين الطرفين حول ما إذا كان العمل موافقاً أو غير موافق بالمعنى المتقدم ، جاز لأيهما أن يطلب نذب خبير فنى مختص على نفقته لمعاينة العمل وتقديم تقرير بها ينتهى إليه فى هذا الصدد .

وإذا رفع الأمر إلى القضاء كان للمحكمة ندب خبير آخر، أو تقضى في الدعوى طبقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى وما قدم فيها من مستندات .

غير أن المخالفة المانعة من تسلم العمل محل المناقشة، يجب أن تكون جسيمة إلى حد كبير بحيث تحول دون التسلم وتتضمن إجحافاً برب العمل إذا تسلمه إذ يكون العمل في هذه الصورة غير صالح للغرض المقصود، كما يبين من شروط التعاقد وأصول الصنعة وغير ذلك من الظروف .
وينبني على ذلك أنه إذا كانت المخالفة لم تبلغ هذا الحد من الجسامه، كان رب العمل ملزماً بتسلم العمل .

ويكون له أحد أمرين : إما المطالبة بتخفيض الأجرة بما يتناسب وقدر المخالفة . وإما المطالبة بتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء المخالفة .
وفي جميع الأحوال ، إذا كان العمل يمكن إصلاحه جاز للمقاول إصلاحه في مدة مناسبة . فتيراً ذمته من العيوب الظاهرة ، ولكن لا تيراً من العيوب الخفية التي تظهر بعد ذلك .

كما يجوز لرب العمل إلزام المقاول بإصلاح العمل ، إذا كان الإصلاح لا يتكلف نفقات باهظة ^(١) .

(١) السنهوري ص ١٨٩ وما بعدها - قلري الشهاوى ص ١٨٩ وما بعدها -

محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٢٨ وما بعدها .

وكانت المادة (٨٧٢) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى المقابلة للمادة (٦٥٥) من القانون تنص على أن :

"١- متى أتم المفاوض العمل، ووضعته تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته في أقرب وقت مستطاع تبعا للمألوف في التعامل، وأن يتسلمه في مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك ، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة رغم دعوته إليها اعتبر أنه قد تسلم العمل. ٢- على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المفاوض قد خالف ما ورد في العقد من شروط، أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل .

٣- ويجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب ندب خبير على نفقته لفحص الشئ، على أن يدون الخبراء محضرا بأعمالهم"، إلا أن المادة عدلت في لجنة المراجعة ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على النحو الراهن . وحذفت الفقرتان الثانية والثالثة اكتفاء بالأحكام العامة . وبالتالي يمكن الأخذ بأحكام هاتين الفقرتين لاتفاقهما مع القواعد العامة^(١).

٩٨- كيفية التسلم:

التسلم قد يكون صريحا أو ضمنيا .

وجرت العادة خاصة في مقاولات البناء على تحرير محضر بالتسلم يقر فيه رب العمل بأنه قد عاين العمل وأنه وجده مطابقا لما هو متفق عليه،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٣٣ وما بعدها

أو لما جرى عليه عرف الصنعة ، وقد تكون له بعض الملاحظات أو التحفظات فيذكرها بالمحضر . والقبول في هذه الحالة يكون صريحا .
ويوقع على المحضر -عادة- مع رب العمل كل من المقاول والمهندس .
والتوقيع على هذا المحضر لا يعنى أن هذه العملية تعتبر اتفاقا منفصلا عن عقد المقاولة الأصيلي . وبالذات فإن توقيع المهندس لا يجعل منه طرفا بالمعنى الدقيق في هذه العملية ، وإنما هو دليل على وفائه بالتزامه بمعاونة رب العمل وإبداء الرأي إليه في هذا الخصوص بحسبانه مستشاره اللهم إلا إذا كان يتصرف بصفته وكيلًا عن رب العمل، حين يكون هذا الأخير قد أنابه عنه صراحة في عملية التسلم، وعندئذ فإنه سوف يلزمه بتوقيعه^(١).

والتسلم الضمئي ، هو الذى يستخلص ضمنا من بعض الوقائع مادامت تكشف بوضوح عن نية رب العمل في تقبل العمل. ومثل ذلك استعمال الشيء المصنوع مدة طويلة ، أو تأجيله للغير ، أو إدماجه في شئ آخر ، أو دفع الأجر المستحق للمقاول بعد معاينة العمل دون إبداء أى تحفظ .
ومن صور التسلم الضمئي أنه إذا كان العمل في حيازة رب العمل منذ البداية ، كما إذا قام سباك بإصلاح مواسير المياه وهى في مكانها دون أن

(١) محمد شكرى سرور ص ١٥٠.

تنتقل من حيازة رب العمل ، فالتسليم يكون بانتفاع رب العمل بالمواسم بعد تسليمها ، فإن هذا يفيد ضمنا أنه تقبيلها .

٩٩. التسليم الكلى والتسليم الجزئى :

التسليم قد يكون كليا إذا انصب على كل العمل، بعد تمام إنجازها، ويتم هذا التسليم بصفة خاصة ، إذا كان العمل كلا متكاملا ، لا يقبل التجزئة ، حيث لا سبيل أمام رب العمل إلا أن ينتظر تمام إنجازها كاملا حتى يتسنى له تسلمه ، وهنا يكون التسليم واحدا بتاريخ واحد ومحضر تسليم وتسلم واحد .

وكذلك إذا كان قد نص فى العقد على وجوب أن يتم التسليم مرة واحدة ، ولو كانت الأعمال تقبل التجزئة أو الانقسام بطبيعتها فلا يتم التسليم إذن إلا إذا أنجزت كل الأعمال محل المقاوله ، حتى وإن أنجزت بعض الأعمال الفرعية منها . وعلى ذلك لا يلتزم رب العمل بدفع باقى مبلغ المقاوله ، بناء على طلب أحد المقاولين الذى أنجز بعض الأعمال، مما يعتبر جزءا مستقلا من المقاوله ^(١).

وقد يكون التسليم جزئيا ، ويتصور ذلك إذا كان العمل قابلا للتجزئة إلى مجموعة من المراحل أو الهياكل بحيث يمكن تسلمه مرحلة تلو أخرى أو هيكلا بعد آخر حسب ما يتم إنجازها منه أولا بأول حسب طلب صاحب المصلحة فى ذلك ، كمالو كان العمل يتكون من مرحلة وضع الأساسات،

(١) عبد الرازق حسين يس ص ٢٤٥ .

وتقوم به شركة متخصصة في دق الأساسات الخرسانية، ثم مرحلة إلهياكل الخرسانية وتختص به شركة غير السابقة .

وكذلك لو انصبت المقاوله ، على مجموعة من الأبنية أو مجموعة من الأعمال المختلفة المستقلة بعضها عن بعض ، بحيث يمكن تجزئة تسلمها، بحسب ما تم إنجازها منها ، شريطة أن يتفق المانع القانوني أو الاتفاقى عن تجزئة التسلم^(١).

أو كان ثمن العمل محددًا بسعر الوحدة ، كأن يتعهد المقاول بصنع عدد معين من نوع الشئ فإن التسلم يجوز أن يكون مجزأً بالنسبة للطرفين. فيطلب المقاوله المعاينة والتقبل ودفع الأجر عقب إنجاز كل جزء فإذا تم التسلم كان للمقاول أن يستوفى من الأجر بقدر ما أنجز من العمل^(٢) .

ومثل ذلك أيضا أن يتعهد نجار بصنع عشرة أبواب، بسعر محدد لكل باب، أو بصنع منضدة ومجموعة كراسى للمنضدة سعر ولكل كرسي سعر، فإنه يجوز أن يكون التسلم مجزأ، ويقوم رب العمل بتسليم كل باب أو كسل كرسي على حدة أو تسلم المنضدة على حدة والكراسى جميعا على حدة .

(١) عبد الرازق حسين يس ص ٢٤٦ .

(٢) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٣٠ .

وتجسرى المعاينة عند التسلم ، ويكون للنحار تقاضى أجرا لما سلمه، ويعتبر دفع هذا الأجر قبولا لحل المقاولة المسلم إلى رب العمل. وهذا ما لم يكن قد تم دفعه تحت الحساب ، كما يحدث فى المقاولات الكبرى .

١٠٠- التسلم المؤقت والتسلم النهائى :

أشار القانون إلى تسلم الأعمال فى صدد عقد المقاولة بوجه عام ، بحساباته عملية واحدة. ومع ذلك فقد درجت العادة - فى خصوص مقاولات المباني- أن تتضمن الصفقة المبرمة بين الماقل ورب العمل شرطا بموجبه يتم التسلم على مرحلتين ، يكون فى أولاهما تسلما مؤقتا، يستمر لمدة سنة ، يعلن بعدها التسلم النهائى .

ويمكن تعريف التسلم المؤقت بأنه إفصاح رب العمل عن إرادته فى تقبل العمل، بصفة مؤقتة حتى يتم رفع كل أسباب التحفظات التى يضمناها رب العمل محضر التسليم والتسلم. وذلك بإصلاح كل العيوب وإكمال النقائص وإزالة كل الشوائب التى أدت إلى تقرير هذه التحفظات . وذلك فى المدة التى يتفق عليها - هى فى العادة سنة - أو المدة المعقولة طبقا للعرف الجارى فى المهنة، وهذا التسلم لا يبرى ذمة الماقل من التزاماته التعاقدية- طبقا للقواعد العامة - قبل رب العمل .

أما التسلم النهائى فهو إقرار رب العمل بتسلم العمل وتقبله بصفة نهائية بعد انقضاء المدة المتفق عليها والانتفاء من الإصلاحات التى اقتضتها التحفظات التى قرر هارب العمل فى محضر التسليم والتسلم المؤقت بتنفيذها التنفيذ المرضى ، سواء كانت المدة قد انتهت أم لا (١).

(١) عبد الرازق حسين يس ص ٢٤٠ - محمد شكرى سرور ص ١٥٨ وما بعدها.

وهنا يبرز فرضان :

الأول :

أن تكون الإصلاحات محل التحفظات قد تمت قبل انتهاء المدة أو مع انتهائها . وهنا تبرا ذمة الما قول تجاه رب العمل من كل العيوب الظاهرة أثناء عملية التسلم ، ولكنها لا تبرا من العيوب الخفية التي قد تظهر بعد انتهاء هذه المدة .

الثاني :

أن تكون المدة قد انتهت دون أن تتم الإصلاحات، فإن التسلم النهائي لا يكون قد تم . ويبقى مكان العمل مفتوحا قانونا ، حتى يتم الإصلاح المطلوب بمعرفة الما قول نفسه ، بعد الاتفاق على إطالة المدة بين الأطراف، أو على نفقته وتحت مسؤوليته بمعرفة ماقول آخر ^(١).

١٠١- زمان التسلم :

إذا كان هناك ميعاد متفق عليه للتسلم، فإن التسلم يتم في هذا الميعاد. فإذا لم يتفق على ميعاد للتسلم فقد أوجبت المادة (٦٥٥) مدق على رب العمل " أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجارى في المعاملات " .

وقد قصد النص بالتسلم قبول العمل أى إقراره، لا بمجرد وضع اليد عليه ، ويؤيد ذلك الرجوع إلى أصل المادة ٦٥٥ في المشروع التمهيدى- وكان رقمها ٨٧٢- إذ كانت المادة الأخيرة توجب على رب العمل أن

(١) عبد الرازق حسين يس ص ٢٤١ وما بعدها .

يجب إبداء إلى معاينة العمل والمعاينة لازمة حتى يصدر قبول رب العمل صحيحاً.

ولا شك أن ما قضت به المادة ٦٥٥ مدني هو ما يوجب مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود^(١).

١٠٢- مكان التسلم :

يكون التسلم في مكان التسليم . وقد عرضنا تفصيلاً لمكان التسليم في بند (٥٣) فنحيل إليه في ذلك .

١٠٣- النتائج التي تترتب على التسلم والقبول :

من أهم النتائج التي تترتب على التسلم ما يأتي :

١- انتقال ملكية الشيء المصنوع - محل عقد المقاولة - إذا كان المفاوض هو الذي ورد المادة التي استخدمها في العمل - إلى رب العمل من وقت التقبل .

٢- التزام رب العمل بدفع الأجر عند تقبل العمل المجهوده إلى المفاوض، إلا إذا قضى الاتفاق والعرف بغير ذلك (مادة ٦٥٦ مدني) .

٣- عدم ضمان المفاوض للعيوب الظاهرة التي كان في إمكان رب العمل اكتشافها بالفحص العادي .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " تسلم رب العمل البناء تسليماً نهائياً غير مقيد بتحفظ ما من شأنه أن يغطي ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسلم

(١) محمد ليب شنب ص ١٥٣ .

أو معسوفة لرب العمل ، أما ما عدا ذلك من العيوب مما كان خفيا لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه فإن التسليم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العيب الموجب لضمان المقاول ناشئ عن خطئه في إرساء الأساسات على أرض طفيلية غير صالحة للتأسيس عليها وعدم النزول بهذه الأساسات إلى الطبقة الصلبة الصالحة لذلك وأن التسليم لا ينفي ضمان المقاول لهذا العيب فإنه لا يكون قد خالف القانون لأن هذا العيب يعتبر من غير شك من العيوب الخفية التي لا يغطيها التسليم " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

(ب)- " إقرار رب العمل في عقد الصلح بتسليمه البناء ومقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها ليس من شأنه إعفاء المهندس والمقاول من ضمان العيوب التي كانت خفية وقت التسليم ولم يكن يعلمها رب العمل لأن التسليم ولو كان نهائيا لا يغطي إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لرب العمل وقت التسليم " .

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/١٣)

٤- انتقال تبعة هلاك العقار بسبب أجنبي من المقاول إلى رب العمل باعتباره مالكا للعقار ، والقاعدة أن الشيء يهلك على مالكة .

٥- انتقال الحراسة على البناء إلى رب العمل ، فيكون الأخير مسئولا عن كل ما يحدثه هذا البناء من ضرر للغير طبقا للمادة ١٧٧ مدني .

١٠٤- جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

تنص المادة (٦٥٥) مدني في عجزها على أنه : " متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ... ، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلم إليه " . فإذا أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، ولكنه امتنع عن تسلمه وتقبله إما صراحة وإما بتراحيه في تسلمه ، وذلك بدون سبب مشروع ، كان على المقاول إنذار رب العمل بتسليم العمل بموجب إنذار رسمي أى إنذار على يد محضر ^(١)، فإذا لم يتم بتسليمه اعتبر أن العمل قد سلم إليه ، أى أن العمل يكون قد سلم إليه حكما .

ويترتب على هذا التسليم الحكمي كافة الآثار التي تترتب على التسليم الفعلي والتي ذكرنا أهمها فيما سلف .

ويضاف إلى ماتقدم ، أنه يجوز للمقاول طبقا للقواعد العامة أن يسلك إجراءات العرض الحقيقي المنصوص عليها في المواد (٣٣٤-٣٣٧) مدني . وتنص المادة ٣٣٤ جلى أن :

" إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عرضا صحيحا، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، اعتبر أنه قد تم إعداره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي " .

(١) وقد أضيفت عبارة " بإنذار رسمي " إلى المادة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٣٤ وما بعدها) .

وتنص المادة ٣٣٥ على أن :

" إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، ووقف سريان الفوائد ، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر " .

وتنص المادة ٣٣٦ على أنه :

" إذا كان محل الوفاء شيئا معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة " .

وتنص المادة ٣٣٧ على أن :

" ١- يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع إليها التلف ، أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة .

٢- فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق ، أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف " .

وللمقاول بعد بيع الشيء، أن يستوفي أجره من الثمن وكذا التعويضات المستحقة له ، ويودع الباقي خزانة المحكمة .

ويجوز للمقاول أن يطلب - بعد إعذار رب العمل- فسخ العقد حتى يتحلل من واجب التسليم ، ويتحقق ذلك إذا كان للمقاول مصلحة في

الفسخ، كما لو رأى الما قول مثلا أن في إمكانه بيع الشئ محل الما قولة لغير
رب العمل بضمن أكبر فمربح من وراء هذه الصفقة .
وللقاضى تقدير طلب الفسخ على النحو الذى أوضحناه سلفا (١).

(١) السنهورى ص ١٩٤ وما بعدها - محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٣١ وما بعدها .

(الالتزام الثالث)
(الالتزام بدفع أجر المقاول)

١٠٥- خطة البحث :

تناولنا الأجر فيما سلف باعتباره ركنا في عقد المقاولة (راجع بنود ٢١ وما بعده) ، و نتناول الأجر هنا بوصفه التزاما واقعا على رب العمل .

١٠٦- تعيين مقدار الأجر عند عدم الاتفاق عليه :

تنص المادة ٦٥٩ مدنى على أنه : " إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول " .
وقد رأينا سلفا أن وجود الأجر وإن كان ضروريا في عقد المقاولة ، إلا أنه ليس من الضروري تعيين مقداره .

فقد تكلنت المادة ٦٥٩ ببيان كيفية تحديد الأجر في حالة عدم الاتفاق عليه صراحة أو ضمنا .

فقد نصت المادة على عنصرين يقوم عليهما تحديد الأجر .

العنصر الأول :

قيمة العمل الذى قام به المقاول .

وهذا العنصر يفرض على القاضى أن يراعى في تقدير الأجر ما يأتى :

١- طبيعة العمل وما إذا كان معقدا صعبا في تنفيذه يحتاج إلى مهارة

فنية كبيرة أم بسيطا سهلا ، والأخطار والمسئوليات التى يتعرض لها

المقاول في القيام به .

٢- كمية العمل ، وعلى ذلك فالمقاول الذى يقوم بتشبيد بناء ، يستحق أجرا عن هذا العمل ، كما يستحق أجرا آخر عن التصميم إذا كان هو الذى وضعه .

٣- الوقت الذى استغرقه العمل .

٤- مكان العمل ومدى قربه أو بعده عن العمران أو المواصلات .

٥- مؤهلات المقاول وكفايته الفنية وسمعته .

٦- عرف المهنة الجارى، إذ قد يتكفل عرفة المهنة بتحديد أجر المقاول. فالحائك أجره متعارف عليه فى السوق تبعاً لسمعته ومهارته، والحلاق والكواء والنجار .. إلخ . وأجر الطبيب يتحدد تبعاً لعرف مهنة الطب، ويسترشد فى ذلك بسمعة الطبيب ومهارته الفنية وطبيعة العلاج أو العملية الجراحية وثروة المريض^(١).

العنصر الثانى :

نفقات المقاول :

ويقصد بها النفقات التى تكبدها المقاول فى سبيل إنجاز العمل المتفق عليه ، فتشمل أثمان المواد التى استخدمها المقاول فى العمل، وأجور العمال الذين استعان بهم فى العمل ، وكافة مصاريف الانتقال وغيرها .

(١) السنهورى ص ٢٠٠ وما بعدها .

١٠٧- توابع أجر المقاول:

. يلتزم رب العمل فضلا عن دفع الأجر إلى المقاول، بوفاء ما يلحق به، وذلك سواء تم تحديد الأجر باتفاق المتعاقدين أو بحكم القاضى .
ومما يلحق بالأجر نفقات الوفاء بالأجر ، كأن يكون مشروطا الوفاء بالأجر عن طريق حوالة بريدية أو بواسطة تحويله إلى مصرف فيلتزم رب العمل بمصروفات الحوالة أو التحويل على البنك .

ويلحق بالأجر مصاريف فحص الحساب بين المقاول ورب العمل .
أما فوائد الأجر فيسرى في شأنها حكم القواعد العامة ، ولا تسرى إلا من يوم المطالبة القضائية بها (٢٢٦م) مدنى .

وقد أسلفنا أنه إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة التى استخدمت فى عقد المقاولة، وكان لهذه المادة قيمة محسوسة ، فإن أحكام المقاولة تسرى على العمل، بينما تسرى أحكام البيع على المادة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدنى - الواردة فى البيع - على أن :

" لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشئ المبيع وكان الشئ قابلا أن ينتج لمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره " . فيكون للمقاول الحق فى تقاضى فوائد عن الجزء من الأجر المقابل للمادة التى وردها من وقت إعداده رب العمل بدفع الأجر المستحق وفوائده ، ولا ضرورة للمطالبة القضائية، أو من وقت تسليم المادة المصنوعة إلى رب العمل^(١).

١٠٨- الأصل عدم جواز تعديل الأجر المتفق عليه :

إذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على تحديد الأجر عند إبرام عقد المقاولة، أو اتفاقاً على الأسس التي تسمح بتحديدته في المستقبل ، وتحدد الأجر فعلاً وفقاً لهذه الأسس . فالأصل أنه لا يجوز تعديل هذا الأجر بالزيادة أو بالإنقاص إلا باتفاق الطرفين ، إذ تقضى القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ١٤٧/١ مدني بأن " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو الأسباب التي يقررها القانون " . والقانون لا يميز زيادة الأجر أو نقصه في المقاولة لمجرد أنه غير متناسب مع العمل الذي تم . ولا يجوز تطبيق المادة ٢/٧٠٩ مدني التي تنص على أن " فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة " ، لأن هذا الحكم خاص بأجر الوكيل ، وقد جاء استثناء من القواعد العامة ، فلا يجوز القياس عليه .

غير أنه إذا كان العقد مزيجاً من الوكالة والمقاولة ، فإنه يجوز للقاضي تعديل الأجر في الجزء المتعلق بالوكالة ، إذا كان يمكن تعيين هذا الجزء من الأجر ، فإذا لم يمكن ذلك تكون العبرة بالعنصر الغالب في العقد ، فإذا كان العنصر الغالب هو الوكالة ، فإنه يسرى عليها تعديل الأجر .

غير أنه استثناء من القاعدة السابقة يجوز تعديل الأجر المتفق عليه بين المفاوض ورب العمل بالزيادة أو الإنقاص دون حاجة إلى اتفاق الطرفين في الحالات التي سندكرها فيما يلي .

الحالات التي يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه بين المفاوض ورب العمل

الحالة الأولى :

حالة الاتفاق على أجر بمقتضى مقياسة على أساس الوحدة :

١٠٩- النص القانوني :

المادة (٦٥٧) :

" ١ - إذا أبرم عقد بمقتضى مقياسة على أساس الوحدة وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة ، وجب على المفاوض أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن ، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات .

٢ - فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المفاوض قيمة ما أنجزه من الأعمال ، مقدرة وفقا لشروط العقد ، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " .

١١٠- شروط هذه الحالة :

يبين من المادة سالف الذكر أنه يشترط لتوافر هذه الحالة ثلاثة شروط

هي :

الشرط الأول :

أن يكون الأجر في المفاوضة متفقا عليه بموجب مقياسة على أساس الوحدة :
فإذا لم يكن هناك أجر متفق عليه أصلا ، أو كان هناك أجر متفق عليه ولكنه إجمالي على أساس تصميم معين ، فإن حكم النص لا ينطبق . ذلك

أن الأجر إذا كان إجماليا على أساس تصميم معين ، فإنه لا يجوز إنقاظه أو زيادته إلا في ظروف خاصة وبشروط معينة كما سنرى .

الشرط الثاني :

أن يتبين أثناء العمل ضرورة مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة لسبب كان خفيا أثناء العقد :

يشترط أن يتبين المكاوأل أثناء تنفيذ العمل المعهود به إليه أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة ، لسبب كان خفيا عليه وقت العقد . والمقصود بمجاوزة المقايسة المقدرة ، هو مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة لا مجاوزة أسعارها، ذلك أن المجاوزة في الأسعار لا يعتد بها. ومما يؤكد ذلك أن المادة (٨٧٨) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني- المقابلة للمادة (٦٥٧) كانت تنص في صدرها على أن : " إذا أبرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة محسوسة وجب على المكاوأل أن يخطر في الحال.... إلخ " إلا أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب عدلت النص بجعله : " إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة " .

وجاء بتقريرها تبرير هذا التعديل : " لاحظت اللجنة أن النص الأصلي قد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمجاوزة هي مجاوزة السعر الوارد في .

المقايسة مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر لذلك عدلت
اللجنة النص بما يزيل اللبس " (١).

ويشترط أن تكون الزيادة في كميات الأعمال محسوسة فإذا لم تكن
كذلك، وجب زيادة الأجر بما يقابل هذه الزيادة جبراً عن صاحب
العمل. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الزيادة محسوسة من
عدمه . ولا يخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة النقض .

ولقاضى الموضوع بطبيعة الحال الاستعانة في ذلك بأهل الخبرة .
ويشترط أن تكون هذه الزيادة المحسوسة غير متوقعة وقت إبرام العقد.
فهذه الزيادة هي التى تتضح أثناء مباشرة المفاوض للعمل فقط دون أن
تكون متوقعة أثناء إبرام العقد .

أما إذا كانت الزيادة متوقعة وقت إبرام العقد ، أو كان من الممكن
توقعها زاد الأجر بمقدار هذه الزيادة جبراً عن رب العمل .

الشرط الثالث:

إخطار المفاوض رب العمل بالزيادة بمجرد تبينه لها :

تنص على هذا الشرط الفقرة الأولى من المادة بقولها : " .. وجب على
المفاوض أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من
زيادة في الثمن ، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة
المقايسة من نفقات " .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٣٧ وما بعدها .

فيجب على المقلول أن يخطر رب العمل بما تبين له أثناء العمل من أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة . وكذا بمقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، على أساس الزيادة المتوقعة في كمية العمل .

والمادة لم تحدد شكلا معينا يتم به الإخطار ، ومن ثم فإنه يمكن أن يتم بأية وسيلة ، سواء بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول ، أو بخطاب موصى عليه ، أو بخطاب عادي ، أو حتى شفاهة على أن يقوم المقلول بإثبات هذا الإخطار ، ولذلك يحسن أن يكون هذا الإخطار بكتاب مسجل على الأقل حتى يسهل إثباته .

والنص أوجب أن يتم الإخطار (في الحال) أى بمجرد تبين المقلول الزيادة المحسوسة . أما إذا تراخى المقلول في الإخطار بعد تبينه الزيادة المحسوسة ، فإن ذلك يعد تنازلا ضمنيا منه عن الزيادة في الأجر ، ولا يجوز له بعد ذلك المطالبة بها . والعبرة بمقدار الزيادة التي ضمنها المقلول إخطاره للمؤجر، وعلى ذلك إذا تبين فيما بعد أن هذه الزيادة غير كافية، وأنه يلزم زيادة أخرى ، فلا يلزم رب العمل بزيادة أخرى .

١١١- أثر توافر الشروط الثلاثة سالف الذكر :

إذا توافرت الشروط الثلاثة التي أوردناها في البند السابق ، فإننا نكون بصدد أحد فرضين لكل منهما حكمه الخاص هما :

١- أن تكون المجاوزة المحسوسة في كمية الأعمال جسيمة .

٢- أن تكون المجاوز المحسوسة في كمية الأعمال غير جسيمة .

ونعرض لحكم كل من هذين الفرضين فيما يلي .

١١٢- الفرض الأول :

المجاورة المحسوسة الجسيمة :

نصت الفقرة الثانية من المادة (٦٥٧) مدق على حكم الزيادة المحسوسة الجسيمة بقولها : " فإذا كانت المجاورة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال ، مقدرة وفقا لشروط العقد ، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " .

والواضح أن المادة لم تبين متى تكون المجاورة المحسوسة جسيمة ، ومتى لا تكون كذلك . وإنما تركت تقدير لذلك لقاضي الموضوع ، وهو في تقديره غير خاضع لرقابة محكمة النقض . ولا تعتبر المجاورة بنسبة ١٠% من الأعمال المقدرة بالمقايضة مجاورة جسيمة.

وتخلص أحكام الفقرة سائلة الذكر فيما يلي :

١- إذا كانت المجاورة المحسوسة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، كان رب العمال بالخيار بين التمسك بعقد المقاولة وبأن يطلب من المقاول إتمام العمل ، أو التحلل من عقد المقاولة ، وأن يطلب من المقاول وقف العمل .

٢- إذا اختار رب العمل الخيار الأول وهو التمسك بعقد المقاولة ، فإنه يلتزم بزيادة الأجر بما يتناسب مع الزيادة الجسيمة ، أما باقى شروط عقد المقاولة فتظل سارية .

٣- إذا اختار رب العمل الخيار الثانى وهو التحلل من عقد المقاولة .
تعين عليه إخطار المقاول بوقف العمل - كما يقول النص - "دون إبطاء"،
فإذا أبطأ رب العمل فى إخطار المقاول بوقف العمل بدون مبرر فإنه يفترض
اختياره الخيار الأول وهو التمسك بعقد المقاولة .

ولم يحدد النص شكلا خاصا يتم به إخطار المقاول بوقف العمل . فقد
يكون الإخطار بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه بعلم الوصول ،
أو بخطاب موصى عليه ، أو بخطاب عادى ، أو حتى شفاهة بشرط إثبات
رب العمل حصوله .

٤- يجب على رب العمل إذا اختار التحلل من عقد المقاولة، أن
يعرض المقاول بإيافته " قيمة ما أنجزه من الأعمال ، مقدرة وفقا لشروط
العقد ، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " ، أى
يجب على رب العمل أن يرد إلى المقاول قيمة ما أنجزه من أعمال والعبرة
فى تقدير قيمة الأعمال التى أنجزها المقاول بالأسعار الواردة بالمقاييس ،
ولو كان المقاول قد أنفق على هذه الأعمال ما يجاوز الأسعار الواردة
بالمقاييس ، إلا إذا اتفق فى العقد على خلاف ذلك .

ويترتب على ذلك أنه إذا هبطت أسعار الأعمال التى تكبدها المقاول
عن تلك الواردة بالمقاييس ، فإن رب العمل يظل ملتزما بالأسعار الأخيرة .
وفى صرح عما تقدم أن المادة (٨٧٨) من المشروع التمهيدي للتقنين
المدنى التى أصبحت برقم (٦٥٧) كانت تنص فى عجز فقرتها الثانية على:
" مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من .

الأعمال دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " - إلا النص عدل في مجلس الشيوخ باستبدال عبارة " مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد " بعبارة " مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال " ، وجاء بتقرير لجنة القانون المدق تيريرا لهذا التعديل ، أن اللجنة رأت أن يقتصر التزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وفقا لشروط العقد دون إلزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أنفقها لأن رب العمل لم يكن مسؤولا عن مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايضة . بل وقد تكون قيمة المصروفات التي أنفقها المقاول مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايضة نفسها ، والأمر لم يسفر إلا عن تنفيذ المزاولة تنفيذا جزئيا ^(١) . وتحلل رب العمل من المزاولة هنا هو فسخ للعقد دون أن يكون لهذا الفسخ أثر رجعي ، فما تم تنفيذه من العقد ينتج أثره ، ويفسخ العقد في الشرط الذي لم ينفذ ^(٢) .

١١٣- الفرض الثاني :

المجاورة المحسوسة غير الجسيمة :

لم تتعرض المادة ٦٥٧ مدق سالف الذكر لفرض ما إذا كانت المجاورة المحسوسة غير جسيمة .

ولكن بمفهوم المخالفة للفقرة الثانية منها لا يجوز لرب العمل التحلل من عقد المزاولة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣٨ وما بعدها .

(٢) السنهاوري ص ٢١٣ .

ويلتزم زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجاوزة، ولا خيار له في ذلك .
فإذا قدر القاضى مثلا المجاوزة بنسبة ١٠% من قيمة الأعمال المقدرة
بالمقايضة ، فإنه يقرر زيادة الأجر بما يناسب هذه المجاوزة .

الحالة الثانية :

حالة الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين :
١١٤ - النص القانوني :

المادة (٦٥٨) مدني :

"١- إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب
العمل ، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا
التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب
العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره .

٢-و يجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلي
ذاته قد اتفق عليه مشافهة.

٣-وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي
العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر
ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عسيرا .

٤- على أنه إذا قهر التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب
العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت

التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة،
جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد " .

١١٥- شروط تطبيق المادة :

تنص المادة على أنه إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم
اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر
ولس وحدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة ، ثم أوردت استثناءين على
هذا الأصل .

ونعرض هنا لشروط تطبيق المادة وهى ثلاثة :

١ - أن يكون الأجر فى المقاولة قد تحدد بمبلغ إجمالى :

ويستحق ذلك بأن يتفق المتعاقدان وقت إبرام العقد أى مقدما ، على
أجر معين يدفعه رب العمل فى مقابل كل الأعمال المطلوبة من المقاول،
بحيث يكون هذا التحديد نهائيا، فلا يكون الأجر قابلا للتغيير فيه بعد
ذلك لأى سبب من الأسباب .

أما إذا كان الأجر الإجمالى غير محدد تحديدا نهائيا ، كأن اتفق
المتعاقدان على زيادة الأجر أو نقصه إذا تبين أن تكاليف العمل أكثر أو
أقل مما كان متفقا عليه ، فإن هذا الاتفاق يخضع للقواعد العامة ويكون
ملزما للطرفين .

٢- أن يكون هذا الأجر قد تحدد علي أساس تصميم متفق عليه :

ولا يقصد بالتصميم هنا معناه الفني وهو التمثيل بالخطوط والرسومات، بل يقصد به كل وصف للأعمال المعهود بها إلى المفاوض، ويجب أن يكون هذا التصميم كاملا وواضحا ونهائيا .

فيجب أن يكون التصميم كاملا، بأن يتضمن بيان كل الأعمال المطلوبة، أما إن اقتصر فقط على بيان بعض هذه الأعمال ونص على أن بقيتها تستكمل فيما بعد ، بواسطة رب العمل أو المهندس المعماري ، فإن المفاوضة لاتعتبر جزائية بالمعنى المقصود في المادة ٦٥٨ ، إذ يجب أن يتوافر للتصميم كماله وقت إبرام العقد لا في وقت لاحق ، وذلك حتى يمكن القول أن تحديد الأجر وقت إبرام العقد قد تم على أساس هذا التصميم .

ويجب أن يكون التصميم واضحا ، ومعنى الواضح هنا أن يكون مفصلا دقيقا، فلا يكون التصميم الذي لايشتمل إلا على الخطوط الرئيسية للأعمال المطلوب إنجازها، أو إلا على فخطط تقريبى غير دقيق لهذه الأعمال تصميميا واضحا .

ويجب أخيرا أن يكون هذا التصميم متفقا عليه بصفة نهائية ، أى أن يكون اتفاق المتعاقدين عليه نهائيا ، بحيث لا يجوز إجراء أى تغيير بعد ذلك في مدى أو أوصاف الأعمال التى يتضمنها ولايتحقق ذلك إذا كان رب العمل قد احتفظ لنفسه في العقد بالحق في إدخال تعديلات على

التصميم المتفق عليه ، سواء بالإضافة أو بالحذف ، أو بالتغيير ، فمن شأن هذا الشرط أن ينفي كون الأجر قد تحدد على أساس التصميم المتفق عليه . ويستفاد بيان الأعمال المعهود بها إلى المقاول من جميع الوثائق التي يتكون منها اتفاق الطرفين ، وبصفة خاصة من العقد الأصلي ومن دفتر الشروط ، ومن المقايضة ومن الرسومات .

٣- أن يكون عقد المقاولة مبرما بين رب العمل الأصلي والمقاول .

أما إذا أبرم العقد بين مقاول أصلي ومقاول من الباطن ، فلا يخضع لحكم المادة ٦٥٨ مدني ، وإنما تسرى حكم القواعد العامة . فلو اتفق مقاول أصلي مع مقاول من الباطن على أن يقوم الأخير بعمل على أساس تصميم معين متفق عليه بأجر إجمالي جزائي كان في استطاعة المقاول من الباطن أن يجري تعديلات في التصميم بعد موافقة المقاول الأصلي ولو بموجب موافقة ضمنية غير مكتوبة . ودون حاجة للاتفاق معه على الأجر الزائد في مقابل هذا التعديل حسب أهمية التغيير ومداه وطبيعته ونفقاته وتكاليفه . والسبب في ذلك أن المادة ٦٥٨ مدني إنما وضعت لحماية رب العمل وهو عادة غير فني قليل الخبرة من المقاول ، وهو شخص واسع الخبرة والتجربة في مجال عمله .

١١٦- أشرتوافر الشروط الثلاثة :

إذا توافرت الشروط الثلاثة السالفة الذكر ، فإن الأجر الإجمالي الجزائي السدي اتفق عليه الطرفان لا يكون قابلا للتعديل زيادة أو نقصا ، إلا إذا

كان المقاول لم ينجز كل العمل وإنما أنجز بعضه فلا يستحق من الأجر إلا ما يناسب قيمة ما أنجز من العمل .

ويظل الأجر ثابتا ، حتى ولو أدخل المقاول تعديلا على التصميم ، ولو كان هذا التعديل ضروريا ، أو زادت التكلفة لأي سبب من الأسباب ، كارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غير ذلك من التكاليف ، ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عسيرا .

وكانت المادة ٨٧٩ من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة ٦٥٨ تقتصر على ذكر ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة ، إلا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضافت عبارة " أو غيرها من التكاليف " في الفقرة الثالثة لتواجه مسائل النقل والتأمين وغيرها ^(١) .

والحكمة من ذلك أن رب العمل قصد من الاتفاق على الأجر الجزافي أن يطمئن إلى مركز مستقر ثابت فلا يفاجأ بأية زيادة ، وأيضا حماية رب العمل من المقاول لقله خيرته بالنسبة إلى خيرة الأخير .

ولا يجوز للمقاول الرجوع على رب العمل بدعوى الإثراء على حساب الغير ، ولو كان ما قام به من أعمال قد زاد في قيمة العمل . لأن العقد الجزافي يمنع كل زيادة في الأجر إذا لم يأذن رب العمل بالأعمال التي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٤٤ .

أجراها الما قول وإذا لم يتفق معه على أجراها . وبالتالي فإن احتفاظ رب العمل بهذه الأعمال وانتفاعه بها يكون له سبب وهو عقد الما قولة.

ومن المقرر أن أحكام الإثراء بلا سبب لا تنطبق إذا كان هناك عقد مبرم بين المشتري والمفتقر وكان هذا العقد ينظم الأعمال التي أدت إلى هذا الإثراء أو إلى هذا الافتقار .

ويستطيع الما قول نزع هذه الأعمال إذا كان ذلك لا يضر برب العمل^(١).

غير أن هذا الحكم ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على مخالفته، وبصفة خاصة يجوز أن يتفق في العقد على أن للما قول الحق في القيام بأعمال لا يتضمنها التصميم إذا كانت هذه الأعمال لا غناء عنها لتنفيذه، وأن له تقاضى أجرا عن هذه الأعمال متى تمت دون اعتراض من رب العمل ، ولو لم يأذن بها صراحة ، ولو لم يتفق على أجراها^(٢).

١١٧- استثناءان يجوز فيهما زيادة الأجر :

نصت المادة (٦٥٨) مدني على استثنائين من القاعدة العامة التي بمقتضاها لا يجوز تعديل أجر الما قول بالزيادة أو النقصان في حالة إبرام العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل وهما :

(٢) محمد ليبب شنب ص ١٧١ .

(١) السنهوري ص ٢٢٢ وما بعدها - محمد ليبب شنب ص ١٧٢ .

١ - حدوث تعديل أو إضافة في التصميم بسبب خطأ رب العمل أو بإذن منه .

٢ - انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة .
ونعرض هذين الاستثنائين فيما يلي :

١١٨- الاستثناء الأول :

حدوث تعديل أو إضافة في التصميم بسبب خطأ رب العمل أو بإذن منه :
تنص على هذا الاستثناء الفقرة الأولى من المادة (٦٥٨) مدني بقولها:
" فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره " .
فيشترط لسريان هذا الاستثناء ما يأتي :

- ١ - حدوث تعديل أو إضافة في التصميم.
- ٢ - أن يكون التعديل أو الإضافة في التصميم إما راجعاً إلى خطأ من رب العمل واستوجب ذلك زيادة التكاليف على المبلغ الإجمالي، وإما أن يكون مأذوناً به من رب العمل للمقاول واتفق معه على أجره مقابل هذا التعديل أو الإضافة .

ومثال خطأ رب العمل الذى يرور زيادة أجر المقاول أن يكون رب العمل قد قدم للمقاول معلومات خاطئة عن الأبعاد التى يريد لها للبناء، أو قدم له أرضاً لا يملكها كلها فاضطر المقاول إلى هدم البناء فى الجزء الذى لا يملكه رب العمل وتعديل التصميم على مقتضى المساحة الحقيقية التى يملكها رب العمل . إذ يحق للمقاول فى هذه الحالة أن يطالب بزيادة فى الأجر تقابل النفقات التى تكبدها بسبب اضطراره إلى الهدم وتعديل التصميم .

ولا يشترط لحصول المقاول على الزيادة فى الأجر أن يكون خطأ رب العمل صادراً عن سوء نية أو تقصير . طالما أنه تسبب بخطئه فى زيادة التكاليف على التكاليف الإجمالية المتفق عليها .

وكذلك يرجع المقاول بالزيادة فى الأجر إذا حدث تعديل أو إضافة فى التصميم بإذن من رب العمل . بشرط أن يكون رب العمل قد اتفق مع المقاول على الزيادة فى الأجر التى يستحقها مقابل الإضافة أو التعديل . ولا يعتد بالإذن الصادر من مهندس رب العمل ، إلا إذا كان المهندس وكيلاً عنه، وكانت وكالته تخوله سلطة إجراء تعديلات أو إضافات على التصميم المتفق عليه فإذا لم يصدر إذن من رب العمل، وقام المقاول من نفسه بالتعديل أو الإضافة فلا يستحق المقاول الزيادة .

والحكمة من اشتراط اتفاق رب العمل مع المفاوض على الزيادة في الأجر ، أن المفاوض قد يقرى رب العمل بإجراء تعديل في التصميم أو إضافة فيه ثم يطالبه بعد ذلك بزيادة لم يكن يتوقعها فتضيق عليه ميزة الأجر الجزائي الذي اطمئن إليه عند إبرام عقد المفاوضة . وهذا يعنى أن المشرع أراد بذلك تنبيه رب العمل إلى الزيادة التي سيتحملها^(١).

وكون العمل الزائد قد تم في حضور رب العمل أو بعلمه ودون اعتراض منه ، لا يكفى لإلزامه بزيادة في الأجر ، لأن هذا المسلك وإن أمكن الاستدلال منه على إذن رب العمل بإجراء هذا العمل، فإنه لا يفيد الاتفاق مع المفاوض على أجره.

وهنا يبدو خروج نص المادة ٦٥٨ على الأحكام العامة في المفاوضات التي تتيح للمفاوض المطالبة بأجر ما قام به من عمل ولو لم يتفق مع رب العمل على الأجر. ويتكفل القانون بعد ذلك بتحديد مقدار الزيادة في الأجر ويرجع في هذا التحديد إلى قيمة العمل ونفقات المفاوض (م ٦٥٩ مدني)^(٢).

وقد أوجبت الفقرة الثانية من المادة (٦٥٨) أن يحصل الاتفاق بين رب العمل والمفاوض على إحداث التعديل أو الإضافة بالتصميم والزيادة في

(١) السهورى ص ٢٢٥ وما بعدها - فتحيه قره ص ٢١١ .

(٢) فتحيه قره ص ٢١١ .

الأجر المتفق عليها كتابة . إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة .

واشترط الكتابة لا يتضمن خروجاً على القواعد العامة في الإثبات ، لأن الإذن بإجراء تعديل أو إضافة في التصميم ، يعتبر مجاوزاً ما اشتمل عليه دليل كتابي - هو عقد المفاوضة المبرم بين الطرفين - وبالتالي لا يجوز إثبات هذا الإذن إلا بالكتابة بالتطبيق للمادة (٦١/أ) من قانون الإثبات . والكتابة لا تشترط فقط لإثبات الإذن بتعديل التصميم أو الإضافة إليه ، بل تشترط أيضاً لإثبات الزيادة في الأجر ، على عكس ما يوهم به ظاهر النص^(١) .

ولما كانت الكتابة هنا مشترطة للإثبات ، فإنه يغني عنها مبدأ الثبوت بالكتابة إذا عزز بالبينة (م ٦٢ من قانون الإثبات) . وكذلك يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي (م ٦٣/أ من قانون الإثبات) أو إذا فقد الدائن سند الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه (م ٦٣/ب من قانون الإثبات " (٢) .

(١) السنهاوري ص ٢٢٧ - فتحيه قره ص ٢١١ وما بعدها .

(٢) وفي ظل التقنين المدني القديم لم يلتزم القضاء ضرورة الاتفاق مقدماً على التعديل وزيادة الأجر ، بل استخلص وجود هذا الاتفاق من وجود التعديل فقط . فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن جرت العادة في أشغال العمارات أن يغير أصحابها في تنفيذ الأعمال المختصة بها، ومن تلك التغيرات ما يكون =

١١٩- الاستثناء الثانى :

**انهيار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب
حوادث استثنائية عامة :**

تنص على هذا الاستثناء الفقرة الرابعة من المادة (٦٥٨) مدنى بقولها :
"على أنه إذا انهيار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب
العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت
التعاقد، وتدعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة،
جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد " .

وهذا النص تطبيق خاص لنظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها
بالفقرة الثانية من المادة (١٤٧) مدنى التى تجرى على أن :

"ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها،
وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا،
صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى، تبعا
للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى
الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " - ولذا جاء

="وقتيا فلا يؤخذ به عقد خاص . ولذلك لا يفيد صاحب العمارة التمسك
بالعقد إذا ثبت حدوث التغييرات من مقارنة الأعمال التامة على ذلك العقد ومن
أقوال الخصوم أنفسهم (استئناف وطنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ مشار إليه
بهاشم السنهورى ص ٢٢٧) .

بمذكورة المشروع التمهيدي عن الفقرة الرابعة من المادة (٦٥٨) أنها "تطبق لنظرية الظروف الطارئة في حالة عقد المقاولة. وقد سبق أن قرر المشروع هذه النظرية بصفة عامة في المادة ٢١٣ فقرة ٢ منه " (١).

وعلى ذلك فإن شروط الفقرة الرابعة من المادة (٦٥٨) هي ذاتها شروط نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها بالمادة ٢/١ مدني .
وشروط نظرية الظروف الطارئة تخلص فيما يأتي :

١- أن يكون العقد متراجحاً :

ويمكن القول بأن هذا الشرط يتوافر في الغالب ، ولكنه ليس شرطاً ضرورياً .

وهذا الشرط متوافر في عقد المقاولة على اعتبار أن هناك فترة من الزمن تفصل بين إبرام المقاولة وتنفيذها هي فترة الإعداد والتجهيز لتنفيذ محل عقد الوكالة (٢).

٢- أن تطرأ بعد إبرام العقد حوادث استثنائية عامة :

يشترط أن تطرأ بعد إبرام العقد حوادث استثنائية عامة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٢ .

(٢) قدرى الشهاوى ص ٢١٤ .

وهذا الشرط نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ بقولها : " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات ... بسبب حوادث استثنائية عامة " .

ومثل ذلك الحرب والفيضان أو انتشار وباء أو صدور تشريع مفاجئ أو استيلاء إدارى أو قيام تسعيرة جبرية أو إلغائها . ويترتب على هذه الحوادث الاستثنائية العامة ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو أجور النقل أو سعر التأمين أو الضرائب .

ولم ترد كلمة (عامة) بعد لفظ (استثنائية) بمشروع المادة ٦٥٨ (وكانت برقم ٨٧٩) ، إلا أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب قسدت الحوادث بأن تكون استثنائية عامة حتى تحدد المقصود بالحوادث، وحتى تتمشى المادة التى نحن بصدها مع المادة ١٤٧ مدنى إذ أن الأولى ليست إلا تطبيقا للثانية ^(١).

وقد تكون الحوادث الاستثنائية موجودة وقت التعاقد ولكنها لم تكن معروفة من المفاوض ولا متوقعة ولا يمكن توقعها . مثل ذلك أن يكون تحت الأرض المراد البناء عليها أطلال مدينة قديمة أو مجرى مياه جوفية، بما يستوجب وضع أساسات تزيد تكاليفها كثيرا عما كان مقدرا، فيعتبر ذلك حادثا استثنائيا عاما- وهو عام لأنه لا يخص هذا المفاوض وحده بل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٤٣ .

يعمم أى مقال آخر يوكل إليه تنفيذ هذه المقالة لم يكن فى الحسبان وقت التعاقد^(١).

(١) السنهورى ص ٢٣٠ هامش (١) - قدرى الشهاوى ص ٢١٤ وما بعدها
هامش (٤٤) - فتحيه قره ص ٢١٣ هامش ٢٣ وما بعدها - وعكس ذلك
محمد ليبب شنب ص ١٧٦ إذ يذهب إلى أنه يشترط لتطبيق النص أن تطرأ بعد
إبرام العقد حوادث أو ظروف لم تكن موجودة وقت التعاقد ولذلك فإن النص
لا ينطبق إذا زادت نفقات المقال بسبب صعوبات فى التنفيذ كانت موجودة
وقت إبرام العقد ، كما لو تبين أن تحت الأرض المراد البناء عليها جرى جوفى
لنهر أو أطلال مدينة قديمة ، مما يستدعى عمل أساسات غير عادية ، تتكلف
نفقات طائلة ، فإن ذلك لا يدخل فى حكم المادة ٤/٦٥٨ ، ومع ذلك فإنه يجوز
للمقال أن يطلب إبطال عقد المقالة ، على أساس الغلط فى صفة جوهرية من
صفات العمل محل العقد ، فالعمل كان من الواجب إنجازه على أرض صالحة
بطبيعتها للبناء ، وهذه هى الصفة الجوهرية التى دفعت المقال إلى قبول التعاقد
بالأجر المحدد إجمالاً ، ولكن تبين أن هذه الأرض لا يمكن البناء عليها إلا بعد
تهيئتها لذلك بأعمال غير عادية ، ولذلك يعتبر المقال واقعا فى غلط جوهرى
يجيز له إبطال العقد ، ويجوز لرب العمل أن يتلافى هذا الإبطال بأن يدفع
للمقال زيادة فى الأجر تتناسب مع زيادة النفقات الناتجة عن ضرورة القيام
بهذه الأعمال ، إذ لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به
حسن النية (١٢٤م) .

ويعلى الدكتور السنهورى على هذا رأى (ص ٢٣٠ هامش ١) قائلا " إذا
كان بعض الفقهاء وبعض أحكام القضاء فى فرنسا تذهب هذا المنحى ...
فذلك لأن القضاء المدنى فى فرنسا لا يقر نظرية الظروف الطارئة ، ولا يوجد
نص عليها فى التقنين المدنى الفرنسى لا فى مبادئها العام ولا فى تطبيقها الخاص -

٣- أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها :

وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدني بقولها:

" بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد "

فالحوادث الاستثنائية العامة التي لم تكن في الحسبان هي تلك التي لا يكون في الوسع توقعها . فهذه الحوادث تكون حوادث نادرة أو غير عادية أو غير مألوفة ، ولم يكن هناك ما يستدعي أن يتوقع المتعاقدان حصولها حسب السير العادي للأمر خلال تنفيذ العقد . ومعيار التوقع أو الحسبان معيار موضوعي، فلا ينظر فيه إلى ما توقعه أو حسبه المتعاقدان فعلا ، بل إلى ما كان يجب أن يتوقعه شخص عادي لو وجد في مثل ظروفهما بحسب السير العادي للأمر .

=بعقد المفاوضة ، فالالتجاء إلى نظرية الغلط طريق لا بأس به للوصول إلى حل عادل أمام انعدام النص ، ولكنه طريق يجب في سلوكه كثير من الحيلة والحذر أما في مصر فلسنا في حاجة إلى سلوك هذا الطريق ، إذا النص موجود يقرر المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة، ثم يقرر النظرية ذاتها في تطبيقها لخاص بعقد المفاوضة. ولا فرق بين حادث استثنائي يجد بعد إبرام المفاوضة وحادث استثنائي موجود وقت إبرامها ولكنه غير ممكن توقعه . فكلاهما من الحوادث الاستثنائية التي لم تكن في الحسبان وقت التعاقد كما تقول الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدني " .

٤- أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا .

وقد عبرت عن ذلك الفقرة الرابعة من المادة بقولها : " على أنه إذا انهيار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول " . وهذا يعنى أنه يجب أن يكون من شأن الحوادث الطارئة أن تهدد المقاول بخسارة فادحة . ذلك أن من يرم عقد مقابلة بأجر إجمالى، يتوقع أن تنفيذ الظروف أثناء تنفيذ العمل، وهو عادة يتوقع هذا التغيير ثم هو يجازف ويقامر بتحديد الأجر إجمالى ، ويعلم أنه قد يصاب بخسارة نتيجة اتباع هذه الطريقة من طرق تحديد الأجر ، ولكنه فى نفس الوقت يأمل أن يحقق ربحا كبيرا، ولاشك أن الاحتمالات التى تكون فى ذهن المقاول وقت إبرام العقد، هى الاحتمالات المألوفة المتكرر حدوثها ، أما الاحتمالات النادرة أو الاستثنائية فإنه لا يعمل لها حسابا، وإلا لما أقدم على التعاقد، فإن تحقق احتمال من هذه الاحتمالات الاستثنائية ، بأن طرأ حادث استثنائى عام أدى إلى تهديده بخسارة فادحة، فإن الأساس الذى يكون قد أقام عليه تقديره المالى يتداعى ، وينهار معه التوازن الاقتصادى بين التزاماته والتزامات رب العمل .

ويكفى أن تجعل هذه الزيادة الفاحشة تنفيذ التزام المقاول مرهقا وعسيرا ، لا مستحيلا ، لأننا لسنا بصدد قوة قاهرة . أما إذا كان كل ما ترتب على ما حدث هو انعدام ربح المقاول أو إصابته بخسارة غير جسيمه، فلا يجوز له التمسك بالمادة ١/٦٥٨ للحصول على زيادة أخرى.

ويعتد في الخسارة الفادحة بالعمل محل عقد المقاولة، فلا عبرة بما يكون
المقاول قد حققه من ربح كبير في أعمال أخرى ، بل لا ينتفى الإرهاق إذا
كان المقاول قد قام بتخزين كمية كبيرة من المواد الأولية دون أن يتوقع
ارتفاع السعر ، ثم علت أسعار هذه المواد أضعافا مضاعفة بسبب حوادث
استثنائية عامة ، فيجوز للمقاول أن يحتج بزيادة الأسعار وطلب الزيادة في
الأجر . وتقدير ما إذا كان المقاول مهددا بخسارة فادحة ، وبالتالي كون
التوازن الاقتصادي بين التزامات كل الطرفين قد انهار ، مسألة موضوعية،
يفصل فيها القاضي مستهديا بظروف كل دعوى ، مع مراعاة عدم
الاعتداد بالظروف الخاصة بالمقاول من حيث غناه أو فقره ، إذ يجب أن
يقدّر الإرهاق تقديرا موضوعيا ، لا ينظر فيه إلى المقاول المقصود بالذات،
بل إلى مقاول عادي لو وجد في مثل ظروف هذا المقاول ، على ضوء ما
يلتزم به بالمقابلة إلى التزامات رب العمل^(١).

وإن كانت شروط نظرية الظروف الطارئة في مبدئها العام تتفق مع
شروط النظرية في تطبيقها الخاص بعقد المقاولة ، فإن الجزاء يختلف قليلا
عن الجزاء في التطبيق الخاص لعقد المقاولة . فالفقرة الثانية من المادة ١٤٧
مدى التي تضع الجزاء في حالة توافر شروط نظرية الظروف الطارئة تقضى
بأن يجوز "للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد

(١) محمد ليب شنب ص ١٧٥ وما بعدها .

الالتزام المهرق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" فيجوز للقاضي أن يوقف تنفيذ الالتزام المهرق أو ينقص منه أو يزيد في الالتزام المقابل ، إلا أنه يمتنع عليه فسخ العقد ، فالالتزام المهرق يبقى ولا ينقضى ، ولكن يرد إلى الحد المعقول ، فتتوزع بذلك تبعه الحادث الطارئ بين المدين والدائن ، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد^(١).

أما التطبيق الخاص لعقد المقاولة ، فقد حدده عجز الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ اجزاء بقولها : " جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد " .

فالقاضي أن يقضى بزيادة أجر المقاول . ولكن يجب ألا يتجاوز هذه الزيادة ما هو لا زم لرفع الإرهاق غير المتوقع عن المقاول ، ويكون ذلك بتحميل المقاول الارتفاع المألوف في أسعار المواد الحالية وأجور العمال ، لأن هذا الارتفاع متوقع وبالتالي يدخل في تقدير المقاول عند إبرام العقد ، أما القدر غير المألوف من الارتفاع فيوزع على المقاول ورب العمل .

أما إذا لم يرتض رب العمل زيادة الأجر والإبقاء على عقد المقاولة ، فإنه يجوز للقاضي أن يقضى بفسخ العقد .

كما يجوز للقاضي أن يقضى بالفسخ إذا رأى مبررا لذلك ، كما إذا رأى أنه إذا زاد الأجر فإن التزام المقاول يبقى مع ذلك مرهقا وفي الوقت ذاته ترهق زيادة الأجر رب العمل .

(١) السنهاورى ص ٢٣٢ - قبرى الشهاوى ص ٢١٦ .

ورغم أن النص قصر الجزاء على زيادة الأجر أو الفسخ ، فإنه يجوز للقاضي تطبيقاً لنص المادة ٢/١٤٧ وهو نص عام ، أن يقف تنفيذ العقد حتى تزول الحوادث الطارئة إذا كانت وقتية وينتظر زوالها بعد وقت غير طويل ، وإذا كان ذلك لا يفوت على رب العمل الفائدة التي يقصدها من وراء إنجاز العمل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " مفاد نص المادتين ٢/١٤٧ ، ٤/٦٥٨ من القانون المدني أنه إذا حدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة يترتب عليها ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل ، وكان ذلك بسبب حادث استثنائي غير متوقع عند التعاقد وترتب عليه أن أصبح تنفيذ العقد مرهقاً ، فإنه يكون للقاضي وبصفة خاصة في عقد المقاولة ، فسخ هذا العقد أو زيادة أجر المقاول المتفق عليه بما يؤدي إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول " .

(ب) - " شرط الإرهاق الذي يهدد بخسارة فادحة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أمر تخالطه عناصر واقعية ويقضى تحقيق اعتبارات موضوعية متعلقة بالصفقة ذاتها ، وإذا كان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه أمام محكمة الموضوع بهذا الدفاع الذي أثاره بسبب الطعن ، فإنه لا يجوز له إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤)

والجزء سالف الذكر يعتبر من النظام العام ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على مخالفته ، كأن يفرز المفاوض مثلا في عقد المفاوضة عن حقه في التمسك بنظرية الظروف الطارئة لأن مثل هذا التنازل يكون باطلا . ولا ينال من ذلك أن المادة ٦٥٨ لم تنص على هذا الحكم كما فعلت المادة ١٤٧/٢ مدني ، لأن المادة الأولى ليست إلا تطبيقا للمادة الثانية .

ولئن كانت أحكام المادة ٦٥٨ مدني قاصرة على المفاوضة التي يكون فيها الأجر حدد بمبلغ إجمالي على أسس تصميم متفق عليه ، إلا أنه يجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مبدئها العام الوارد بالمادة ١٤٧/٢ مدني على المفاوضة التي يكون فيها الأجر مقدرا بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة .

أجر المهندس المعماري

١٢٠ - النص القانوني :

المادة (٦٦٠) مدني :

" ١ - يستحق المهندس المعماري أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايضة وآخر عن إدارة الأعمال .

٢ - فإن لم يحدد العقد هذه الأمور وجب تقديرها وفقا للعرف الجاري .

٣- غدير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل " .

١٢١- القاعدة فى أجر المهندس المعماري :

قد يباشر المهندس المعماري أعمالا مادية مثل وضع التصميم وعمل الرسومات وإجراء المقاييس وإدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ ورمى الأساسات والتسليح وإعداد الخلطة الأسمنتية ، وقد يباشر المهندس المعماري بعض الأعمال القانونية ، مثل عقد صفقات لحساب رب العمل وإقرار حساب المقاول وتسليم العمل منه ... إلخ .

والأعمال المادية التى يؤديها المهندس تسرى فى شأنها أحكام عقد المقاوله ، أما الأعمال القانونية ، فيسرى فى شأنها أحكام عقد الوكالة . فكون عقد المهندس خليط من عقدى المقاوله الوكالة . ولما كان عنصر المقاوله هو الغالب ، فإنه عند التعارض بين أحكام الوكالة والمقاول تسرى أحكام عقد المقاوله دون أحكام عقد الوكالة . وبالتالي لا يخضع أجر المهندس لتقدير القاضى كأجر الوكيل . ولا ينتهى بموت رب العمل ، كمعقد الوكالة^(١) .

والأصل أن المهندس المعماري يعمل بأجر لأنه من أصحاب المهن الحرة ، والأصل أن كل صاحب مهنة حرة يتقاضى أجرا عن عمله .

(١) السنهورى ص ٢٣٦ - محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٤٣ .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة على أن : " يستحق المهندس المعماري أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال " - فالأصل أن عمل المهندس المعماري يتمثل في وضع التصميم وعمل المقايسة ، ولكنه لا يوجد ما يمنع من أن يعهد إليه بالإشراف على التنفيذ وإدارة الأعمال . وفي هذه الحالة يستحق أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وأجرا آخر عن إدارة الأعمال .

وإن كانت القاعدة أن المهندس المعماري يعمل بأجر، فإن هذه القاعدة تقبل الدليل على العكس. فقد يستخلص من الظروف أن المهندس المعماري يعمل دون أجر. ومثل ذلك أن يضع تصميمًا ويتقدم به في مسابقة للحصول على عمل أو على صفقة، أو لعرضه على رب العمل كإيجاب منه يتطلب القبول لكي يصبح عقدا يتم بالتراضي .

١٢٢ - كيفية تقدير أجر المهندس المعماري :

الأصل أن يتم تقدير أجر المهندس المعماري باتفاق الطرفين . والمتعاقدان لهما الحرية الكاملة في كيفية تحديد الأجر . فقد يحددان الأجر بمبلغ إجمالي عن كل الأعمال التي يعهد بها إلى المهندس المعماري دون تحديد أجر لكل منها ، وقد يحددان أجرا لكل عمل على حدة . وقد يقرران الأجر بنسبة معينة من قيمة الأعمال التي يقوم بها، وفي هذه الحالة تكون العبرة بالأعمال الفعلية التي يقوم بها لا الأعمال الواردة بالمقايسة،

وعندئذ لا يمكن تحديد الأجر إلا بعد إنجاز الأعمال. ومعرفة كميتها الحقيقية ، غير أنه قد ينص في العقد على أن العبرة بالأعمال الواردة في العقد ، وفي هذه الحالة يمكن تقدير أجر المهندس مقدما قبل أن يقوم بتنفيذ تلك الأعمال حسب المقايسة التي يضعها قبل البدء في العمل ولاعبرة عندئذ بقيمة الأعمال التي يقوم بها فعلا غير أنه إذا ثبت بعد التنفيذ أن المهندس قد بالغ في تقدير قيمة الأعمال في المقايسة لكي يزيد بذلك من أجره أنقص الأجر إلى ما يتناسب مع قيمتها الفعلية ، ولرب العمل مطالبة المهندس بالتعويض عن أى ضرر يلحق به من جراء هذا الغش^(١).

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على أجر المهندس المعماري ، فقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ببيان كيفية تقديره بنصها على أن :

"فإن لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقا للعرف الجاري".

وبعد هذا النص استثناء من القواعد العامة المنصوص عليها في المادة ٦٥٩ مدني التي تقضي بأن : " إذا لم يحدد الأجر سلفا ، وجب الرجوع في تحديده إلى قسيمة العمل ونفقات المفاوض . وعلى ذلك فإنه يرجع في تحديد أجر المهندس المعماري عند عدم الاتفاق عليه بينه ورب العمل إلى العرف الجاري .

والمقصود بالعرف الجاري هو عرف المهندسين المعماريين .

(١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٤٣ وما بعدها - فتحيه قره ص ٢٢٠ وما بعدها.

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في ٨ مارس ١٩٢٧ بأن العرف في مصر يجرى على إعطاء المهندس ٢% من تكاليف البناء في مقابل وضع التصميم وعمل المقايسة ، ٣% في مقابل إدارة الأعمال^(١).

وقد قسمت لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية وتقدير الأتعاب والمسابقات الأعمال إلى أربع فئات تبعاً لأهميتها (٤م) . وحددت لكل فئة أتعاباً - كحد أدنى - عبارة عن نسبة معينة من تكاليف البناء ، بحيث تنقص هذه النسبة كلما زادت تلك التكاليف ، وتتراوح نسبة الأتعاب بين ٤ % و ٩ % بالنسبة للفة الأولى من الأعمال ، وبين ٥ % و ١٠ % بالنسبة للفة الثانية ، وبين ٩ % و ١٢ % بالنسبة للفة الثالثة ، وبين ١١ % و ١٦ % بالنسبة للفة الرابعة ، وتشمل هذه النسب أجر المهندس عن وضع المشروعات الابتدائية والرسومات التنفيذية والنهائية وعمل المقايسات والعقود والعطاءات والإشراف على التنفيذ، وغنى عن البيان أنه ليس لهذه اللائحة أى قوة إلزامية إلا إذا أحال إليها المتعاقدان صراحة^(٢).

(١) وقارن استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ ويقضى الحكم بأنه لا يوجد في مصر عرف لتحديد أجر المهندس ، فيترك الأمر لتقدير القاضى ، ويستشهد بقيمة الأعمال التى تمت وبمقدار الوقت الذى استغرقته هذه الأعمال " .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٧٠ هامش (١) .

نمير أنه إذا لم يحدد المتعاقدان أجر المهندس المعماري ، جاز للقاضي الاستئناس بهذه اللائحة في تبيين العرف الذى يسير عليه المهندسون المعماريون في تقدير أتعابهم ^(١).

ويجب ليكون التصميم كاملا ، أن يكون مصحوبا بمقايضة مفصلة عن تكاليف الأعمال وجميع الشروط المتعلقة بطبيعة كل عمل . وإلا كان التصميم ناقصا ويراعى ذلك عند تقدير الأجر .

١٢٢- عدم جواز تخفيض أجر المهندس المعماري :

إذا حدد أجر المهندس المعماري اتفاقا فلا يجوز للقاضي تخفيضه ولو كان مبالغيا فيها ، عكس الحال في أجر الوكيل (٢/٧٠٩ مدين) ، ويسرى ذلك على الأجر الذى يحدده القاضى عند عدم الاتفاق عليه .

ولا يجوز أيضا تخفيض هذا الأجر حتى لو تضمنت الأعمال التى يقوم بها تصرفات قانونية باعتباره وكلا عن رب العمل في هذه التصرفات ، ذلك أنه إذا اختلطت الوكالة بالمقاول فالعنصر الغالب هو عنصر المقاوله ، وتسرى أحكامها دون أحكام الوكالة إذا حصل تعارض بينهما .

١٢٤- تخفيض الأجر إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٠ مدين على أنه : " غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل " .

(١) السهنورى ص ٢٤١ - قدرى الشهاوى ص ٢٢٢ .

وهذا النص بعد استثناء من قاعدة عدم تخفيض أجر المهندس المعماري بعد تحديده اتفاقا أو بتقدير القاضى ، لأن القواعد العامة التى ذكرناها سلفا تقضى بأحقية المهندس المعماري فى أجره ، سواء تم العمل بموجب التصميم الذى وضعه المهندس أو عدل رب العمل عن هذا التصميم إلى تصميم آخر أو عدل أصلا عن العمل، ما لم يكن رب العمل قد عدل عن التصميم بسبب عيب فيه أو بسبب عدم تنفيذ التعليمات التى صدرت من رب العمل ، وبوجه عام إذا كان السبب فى العدول يرجع إلى خطأ من المهندس .

ولكن النص يجيز تخفيض أجر المهندس إذا لم يتم العمل بموجب التصميم الذى وضعه بغير خطأ منه .

وهذا النص يواجه كافة الحالات التى لا يتم العمل فيها بهذا التصميم، سواء لعدول رب العمل عن العمل ، أو لطروء ما يجعل تنفيذه مستحيلا كما لو نزعت الدولة ملكية الأرض المراد إقامته عليها . فالمهندس لا يحرم من حقه فى تقاضى أجره عن وضع التصميم ، ولكن لا يستحق الأجر المتفق عليه، بل الأجر الذى يحدده القاضى بالنظر إلى الزمن الذى استغرقه المهندس فى وضع التصميم ، مع مراعاة طبيعة هذا العمل من حيث الدقة والصعوبة الفنية ، ومراعاة كفاية المهندس وسرعته . وذلك لأن فى إلزام رب العمل بدفع أجر عن تصميم لن ينفذ إرهابا له ، ويكفى أن يعوض

المهندس عن الوقت الذى استغرقه فى وضعه ، فضلا عن أن المهندس الذى لم ينفذ تصميمه لم يتعرض للمسئولية التى كان يتعرض لها لو أن تصميمه قد نفذ، ومن ثم وجب عدلا أن ينقص الأجر الذى يتقاضاه فى حالة عدم تنفيذ التصميم عن الأجر الذى يتقاضاه فى حالة تنفيذ التصميم .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف قد جرى على إعطاء المهندس الذى لم ينفذ تصميمه خمس $\frac{5}{100}$ الأتعاب التى كان يأخذها لو أن تصميمه قد نفذ ^(١).

ولا تعتبر القاعدة التى تقضى بتخفيض أجر المهندس إذا لم يتم العمل بموجب التصميم من النظام العام . فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ومن ثم يجوز للمهندس أن يشترط على رب العمل أن يتقاضى أجره كاملا ، سواء تم العمل بموجب التصميم أو لم يتم بموجبه ^(٢).

أما إذا لم يتم العمل بموجب التصميم بسبب خطأ المهندس ، كأن كان التصميم معييا أو غير منطبق على تعليمات رب العمل أو تأخر المهندس فى تقديمه تأخرا لا يمرله ضارا برب العمل فإن المهندس لا يستحق أى أجر عن التصميم .

(١) استئناف مختلط ٣ ديسمبر ١٩٣٧ .

(٢) السهنورى ص ٢٤٤ هامش (٢) .

١٢٥- المدين بالأجر :

المدين بأجر المقاول هو رب العمل بالذات الذى تعاقد معه ، حتى لو انتفع بالعمل شخص آخر ، إذا كان أجنبيا عن العقد . كأن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول يملك الأرض التى أقيم عليها البناء تحت شرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط فألت الأرض إلى المالك تحت شرط واقف ، ففى هذه الحالة يرجع المقاول بأجره على المالك الذى تعاقد معه وهو المالك تحت شرط فاسخ ، ولا يرجع مباشرة على المالك تحت شرط واقف الذى ألت إليه ملكية الأرض وإنما يرجع بدعوى غير مباشرة باسم الأول على الثانى . وكأن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو زوج المالك للأرض فيرجع المقاول بدعوى غير مباشرة باسم الزوج على الزوجة.

ومثل ذلك أخيرا أن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو المستأجر وقد استرد المالك العين المؤجرة بما عليها من مبان أقامها المستأجر فيرجع المقاول بدعوى غير مباشرة باسم المستأجر على المؤجر^(١).

وإذا تعدد أرباب العمل بأن عهد عدة أشخاص إلى المقاول بالقيام بعمل معين لحسابهم المشترك ، فلا تضامن بينهم فى الوفاء بالأجر ، بل ينقسم هذا الدين عليهم ويلتزم كل منهم بالوفاء بجزء من الأجر يقابل

(١) السنهاورى ص ٢٤٤ وما بعدها — محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٤٤ .

حصته في العمل ، فإذا لم تتحدد حصة كل منهم ، انقسم الأجر عليهم بالتساوى وذلك ما لم يقض الاتفاق بتضامهم^(١).

وإذا كان المهندس المعماري هو الذي تعاقد مع رب العمل عن كل الأعمال بما فيها أعمال التنفيذ، فعمل مهندسا ومقاولا في وقت واحد ، ثم استخدم مقاولا من الباطن لتنفيذ العمل ، فهذا المقاول يرجع بأجره على المهندس الذي تعاقد معه ، لا على رب العمل ، وإنما يرجع على رب العمل بدعوى غير مباشرة باسم المهندس ، كما أن من حقه الرجوع مباشرة على رب العمل، على أساس أنه مقاول من الباطن يرجع مباشرة على رب العمل ، بما لا يجاوز القدر الذي يكون هذا مدينا به للمهندس طبقا لأحكام المادة ٦٦٢ من التقنين المدني^(٢).

وعلى العكس من ذلك إذا كان المقاول هو الذي تعاقد مع رب العمل واستخدم مهندسا، فالمهندس يرجع بأجره على المقاول لا على رب العمل مع الاحتفاظ بحقه في الدعوى غير المباشرة باسم المقاول قبل رب العمل. أما إذا كان كل من المهندس والمقاول قد تعاقد مع رب العمل، فلكل منهما أن يرجع بأجره على هذا الأخير، حتى لو كان المهندس هو الذي اختار المقاول أو كان المقاول هو الذي اختار المهندس .

(١) محمد كامل مرسى ص ٥١٨ .

(٢) السنيهورى ص ٢٤٥ - قدرى الشهاوى ص ٢٢٥ وما بعدها - محمد عبد

الرحيم غير ص ٢٤٥ .

وإذا عهد شخص إلى مهندس معمارى بوضع تصميم بناء والإشراف على تنفيذه ، وعهد إلى مقاول بناء بالقيام بعملية البناء ، فلا يجوز للمهندس المعماري أن يتقاضى أى أجر من المقاول. وإذا تعهد المقاول بأن يدفع له نسبة معينة من قيمة البناء ، فإن هذا التعهد يكون باطلا ، لأنه يتناقض مع واجبات المهندس الأولية ، ويؤدى إلى تناسيه لالتزامه بالإشراف على المقاول .

وقد نصت المادة الثانية من لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية وتقدير الأتعاب والمسابقات التى وضعتها شعبة الهندسة المعمارية بنقابة المهن الهندسية ، على أنه يجب على المهندس المعماري عند تنفيذ تفويضه أن يحمى حقوق المالك الشرعية على أن يكون مستقلا تماما عن الموردين والمقاولين ولا يقبل فهم أى عمولة أو امتيازات من أى نوع، بل تكون أتعابه من المالك وحده .

ولما كان عقد المقاولة لا ينتهى بموت رب العمل ، فإنه إذا مات رب العمل انتقل الالتزام بدفع أجر المقاول إلى ورثته فى حدود التركة ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون .

ويجوز أن يوفى بالأجر، المدين نفسه (رب العمل) أو نائبه القانونى كالولى أو الوصى أو القيم أو نائبه الاتفاقى أى الوكيل بشرط وجود وكالة خاصة فى دفع الأجر باعتبار دفع الأجر من أعمال التصرف (٧٠٢م مدنى).

١٢٠. الدائن بالأجر :

الدائن بالأجر المقاول الذى تعاقد مع رب العمل ، ومن ثم يدفع الأجر إليه . فإذا توفى استحق الأجر لورثته . .

ويحل محل المقاول فى تقاضى الأجر خلفه الخاص كالحال إليه ، إذا حول حقه فى الأجر إلى الغير ، إذ يجب وفاؤه إلى المحال له .

. وإذا تعدد المقاولون ، لم يكونوا دائنين متضامين بأجورهم ، بل ينفرد كسل منهم بأجره الخاص به ، ولا شأن له بأجور المقاولين الآخرين . ما لم يوجد اتفاق مع رب العمل على غير ذلك .

وإذا كان الأصل هو وفاء الأجر إلى المقاول الذى قام بالعمل ، وأنه لا يجوز لدائنى هذا المقاول أن يطالبوا رب العمل بدفع هذا الأجر إليه إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وهى دعوى مدينهم المقاول ، فيطالبون بالأجر نيابة عنه (م ٣٣٥ ، ٢٣٦) .

إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل فى الفقرة الأولى من المادة ٦٦٢ مدق ونص على أن يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذى يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل .

(أنظر فى التفصيل بنود ١٥٧ وما بعده) .

١٢٧- زمان دفع الأجر :

تنص المادة ٦٥٦ مدني على أن : "يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك " .

فإذا اتفق المتعاقدان على وقت الوفاء بأجر المفاوض ، تعين الوفاء بالأجر في الميعاد المتفق عليه ، وقد يكون هذا الميعاد قبل تسليم العمل أو بعده .
وقد جرى العمل على الاتفاق على دفع جزء من الأجر مقدما ، ودفع الباقي على أقساط يؤدي كل قسط منها بعد انتهاء فترة معينة من الزمن ، أو بعد إتمام جزء معين من العمل .
إنما لا يجبر رب العمل على دفع الأجر أو جزء منه مقدما إلا إذا وجد اتفاق على ذلك .

أما إذا لم يوجد اتفاق على وقت الوفاء بالأجر فإنه يلجأ إلى عرف أهل الصنعة إن وجد .

ويجوز العرف في المقاولات الصغيرة أن يكون دفع الأجر عند تسلم العمل ، وفي المقاولات الكبيرة أن يكون الدفع على أقساط بحسب ما يتم إنجازها من العمل .

أما إذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، فإن الأجر يستحق عند تسلم العمل .
ويقصد بذلك إقرار رب العمل بصحة ما قام به المفاوض ومطابقته للمواصفات المتفق عليها ولو لم يضع يده على العمل فعلا ^(١) .

(١) محمد ليبب شنب ص ١٥٥ .

ويعتبر نص الفقرة الأولى من المادة ٦٥٦ استثناء من القواعد العامة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ مدني التي تجرى على أن : " يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " أي أن هذه القواعد توجب دفع الأجر مقدماً ، إلا أن المشرع توقع أن يرد استثناء على هذه القاعدة فأورد عبارة " ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " في عجز الفقرة الأولى من المادة سالفه الذكر .

غير أن شرط التزام رب العمل بوفاء الأجر فعلاً، هو أن يكون الما قول قد وفى بالتزاماته الحالية والمرتبطة بها دفع الأجر، فإذا كان الما قول لم يتم بتنفيذ التزام من التزاماته الناشئة عن عقد الما قولس، كأن كان العمل غير مطابق للمواصفات والشروط المتفق عليها ولأصول الفن لهذا النوع من العمل، كان لرب العمل الامتناع عن التسلم ودفع الأجر .

ولذلك إذا كان مشروطاً دفع الأجر أو جزء منه بعد إنجاز مرحلة معينة من العمل ، فرب العمل أن يمتنع عن الدفع إذا كان الما قول لم ينجز هذه المرحلة .

وكانت الفقرة الثانية من المادة (٨٧٢) من المشروع التمهيدي " التي أصبحت برقم ٦٥٦ " تنص على ذلك بقولها : " على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان الما قول قد خالف ما ورد في العقد من

شروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل " . إلا أن هذه الفقرة حذفت في لجنة المراجعة " اكتفاء بالقواعد العامة " ^(١) ، فالقواعد العامة تقضى بأن دفع الأجر التزام في ذمة رب العمل يقابله التزام المقاول بإنجاز العمل على الوجه الواجب فإذا لم يقم المقاول بتنفيذ التزامه بإنجاز العمل على الوجه الواجب جاز لرب العمل أن يقف هو أيضا التزامه بدفع الأجر . وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد (م ١٦١ مدني) .

وإذا حبس رب العمل الأجر فإن الالتزام بدفعه يظل قائما في ذمته حتى يسقط بالتقادم .

وقد نص على تقادم خاص بالنسبة لبعض المقاولين ، أما بالنسبة لغيرهم فلا يسقط الأجر إلا بالتقادم الطويل (خمسة عشر عاما) طبقا للقواعد العامة .

وقد نصت على هذا التقادم الخاص المادتان ٣٧٦ ، ٣٧٨ مدني .
فقد نصت المادة ٣٧٦ على أن : " تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات " .
ونصت المادة ٣٧٨ على أن :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٣٣ وما بعدها .

" ١ - تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم " .

١٢٨- مكان الوفاء بالأجر :

لم يضع المشرع نصا خاصا يعين المكان الذى يجب فيه الوفاء بأجر المفاوض. ومن ثم فإنه يتبع في هذا الشأن حكم القواعد العامة .

وتقتضى القواعد العامة بأن يكون الوفاء في المكان المتفق عليه ، فإذا لم يوجد اتفاق يتم الوفاء في المكان الذى يحدده العرف . وقد جرى العرف على الوفاء بالأجر في المكان الذى يقوم فيه المفاوض بتسليم العمل إلى رب العمل .

فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف وجب تطبيق المادة ٣٤٧ مدني والتي تقتضى بأن :

" ١ - إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقتضى بغير ذلك .

٢- أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال " .

وعلى ذلك إذا كان الأجر شيئا معيناً بالذات كان الوفاء في مكان وجود ذات الشيء وقت إبرام عقد المقاولة . أما إذا كان الأجر من المثليات كالنقود - وهو الفرض الغالب- فالوفاء يكون في موطن رب العمل أو في مركز أعماله طالما كانت المقاولة متعلقة بالأعمال .

أما إذا كان مكان دفع الأجر هو موطن رب العمل ، و غير هذا الأخير موطنه بعد إبرام عقد المقاولة ، فتكون مكان الدفع هو موطنه وقت دفع الأجر لا الموطن السابق الذي كان له وقت انعقاد المقاولة إذ نص المادة ٢/٣٤٧ مدني يقضى بأن : " يكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء " .

وإذا اتفق على أن يكون الوفاء في موطن المقاول جرى العمل بهذا الاتفاق ، فإذا غير المقاول موطنه لم يلتزم رب العمل بدفع الأجر في الموطن الجديد، ذلك لأن اشتراط الدفع في موطن المقاول استثناء من القواعد العامة والاستثناء لا يتوسع فيه . وإذا أراد المتعاقدان أن يكون الدفع في موطن المقاول ولو تغير فعليهما أن ينصا على ذلك .

وإذا تعين مكان دفع الأجر على النحو السابق ، فلا يجوز لرب العمل الدفع في مكان آخر إلا إذا اقتضى الأمر ذلك كأن حجز مثلاً دائن للمقاول على الأجر تحت يد رب العمل فيحوز لهذا الأخير في هذه الحالة أن يودع الأجر خزنة المحكمة^(١).

ضمانات الوفاء بالأجر

١٢٩- أولا : التنفيذ العيني أو الفسخ :

إذا أخل رب العمل بالتزامه بالوفاء بالأجر إلى المقاول، فيكون للمقاول المطالبة بما تقضى به القواعد العامة من جزاء فله طلب التنفيذ العيني برفع دعوى مطالبة بالأجر، أو باستصدار أمر أداء بالأجر - إذا توافرت شروط استصدار أوامر الأداء- وله المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إخلال رب العمل بأحد التزاماته .

وله المطالبة بفوائد عن الأجر المستحق له من تاريخ المطالبة القضائية. وينفذ المقاول الحكم الصادر له على جميع أموال رب العمل ويدخل فيها العمل الذي أنجزه من بناء أو منشآت أو غير ذلك .

ويجوز للمقاول أن يطلب فسخ عقد المقاولة والتعويض إن كان له مقتضى. ويخضع القضاء بالفسخ لتقدير القاضي ، فله ألا يقضى بالفسخ وأن يعمل رب العمل حتى يقوم بالوفاء بالأجر ، إذا رأى أن الأجر المتبقي غير كبير

(١) السهنورى ص ٢٥٤ .

أو أن التعويض الذى يقضى به على رب العمل إذا حكم بالفسخ مبلغا جسيما لا تبرره الظروف.

١٣٠- ثانيا : الحق فى الحبس :

تنص القواعد العامة على الحق فى الحبس فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ مدنى بقولها : " لكل من التزم بأداء شئ أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به ، أو مادام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " . وقد طبق المشرع حق الحبس تطبيقا خاصا فى صورة دفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الملزمة للجانبين ، فنصت المادة ١٦١ مدنى على أن : " فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به " .

ومن ثم يكون للمقاول الحق فى حبس العمل الذى قام به وعدم تسليمه إلى رب العمل ، إذا امتنع هذا الأخير عن الوفاء بالأجر المتفق عليه ، أو لم يعرض دفعه ، طالما هذا الأجر مستحق الوفاء فى الوقت الواجب تسليم العمل فيه .

ويظل للمقاول الحق فى الحبس حتى يقوم رب العمل بدفع هذا الأجر ، أو يقدم تأمينا كافيا للوفاء به .

وكانت المادة (٩٠٢) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني تنص على حق المقاول في الحبس وتقصره على المنقول إذ جرى نصها على أن : "إذا كان العمل متعلقا بمنقول ، ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التي يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره " . إلا أن هذا النص حذف في لجنة المراجعة " اكتفاء بالقواعد العامة في حق الحبس " ^(١) والقواعد العامة تقضى بثبوت الحق في الحبس على المنقول والعقار ، ومن ثم يسرى حق المقاول في الحبس على العقارات .

ولا يرد حق الحبس على الشيء نفسه فحسب ، بل يقع أيضا على الملحقات التي يضعها رب العمل تحت تصرف المقاول لتسهيل عمله ^(٢) ، كالألات والمهمات التي تسلمها منه ، ورخصة البناء ومستندات ملكية الأرض. وللمهنتس أن يحبس ما حصل عليه من رخص باسم رب العمل ^(٣) .

ويجوز استعمال حق الحبس من أجل جزء من الثمن على كل الأشياء المصنوعة أو التي سلمها رب العمل إلى المقاول . ولكن إذا كان العمل مقسما إلى أجزاء يستحق المقاول أجرا عن كل جزء منه فإن الحق في الحبس لا يقع إلا على الأجزاء التي لم يدفع الأجر الذي يقابلها ^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٤٧ الهامش وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٢٨ .

(٣) السنهوري ص ٢٥٧ هامش (٣) .

(٤) محمد كامل مرسى ص ٥٢٨ .

ثالثاً: حق الامتياز:

١٣١- النصوص القانونية :

المادة ١١٤٠ (مدني) :

"١- المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزمه من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله .

٢- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها " .

المادة ١١٤٨ (مدني) :

"١- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها يكون لها امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه .

٢- ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد" .

أولاً : امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين

١٣٢- حكمة الامتياز :

الحكمة من هذا الامتياز أن المقاول أو المهندس قد أضاف إلى ثروة رب العمل قيمة ، فمن العدل أن يستوفى منها حقه قبل غيره .

١٣٣- تعيين الدين الممتاز :

يضمن هذا الامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين لنشيد أبنية أو منشآت أخرى أو ترميمها أو صيانتها . فهو يشمل مصروفات البناء كما يشمل مصروفات الترميم والصيانة . وقد كان القانون الملغى يقرر الامتياز لهذه المصروفات الأخيرة دون الأولى (م ٦٠٣ / ٧٢٩ فقرة ٣) .

وظاهر من عبارة المادة (١١٤٨) مدى أنها تقصر هذا الامتياز من ناحيتين : ناحية الأشخاص الذين يثبت لهم الامتياز، وناحية المبالغ التي تكون ممتازة .

فمن الناحية الأولى : قصرته المادة على المقاولين والمهندسين المعماريين دون غيرهم ، فلا بد أن يكون الدائن إما مقاولا أو مهندسا معماريا، وعلى ذلك إذا استحق عامل مبلغا نظير قيامه بغض ما يقوم به المهندس فإن هذا المبلغ لا يضمنه هذا الامتياز وإن كان من الممكن أن يضمنه

امتياز الأجراء . وكذلك الأمر بالنسبة لحائز العقار أو مستأجره حيث يقوم هو بإعادة التشييد أو الترميم أو الصيانة، وبالنسبة للفضول^(١) .
غير أنه ليس معنى ذلك أنه يشترط أن يكون المقاول أو المهندس قد عهد إليه بهذه الأعمال من المالك نفسه ، بل يجوز أن يعهد إليه بها من مستأجر العقار أو من الدائن مرتهن العقار رهنا حيازيا ، فيكفى ذلك ليثبت للمقاول أو المهندس حق الامتياز .

ولا يفيد المقاول من الباطن من هذا الامتياز ، إلا في حدود التي يكون فيها هذا الأخير دائئا لرب العمل وذلك للدعوى المباشرة المقررة للمقاول من الباطن قبل رب العمل (٦٦٢م مدني) ، إذ نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أن يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع لدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل " (٢) .

(١) الدكتور أحمد سلامة دروس في التأمينات المدنية - مكتبة عين شمس ص ٤٥٥ -
الدكتور سمير تناعو التأمينات العينية سنة ٢٠٠٠ ص ٣٥٢ وما بعدها .
(٢) سمير تناعو ص ٣٥٣ - أحمد سلامة ص ٤٥٦ - وعكس ذلك الدكتور سليمان مرقس التأمينات العينية الطبعة الثانية ١٩٥٩ ، الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي الوسيط في التأمينات العينية ١٩٥٤ ص ٤١٩ هامش (١) - فيذهب -

ومن الناحية الثانية : فإن المادة قصرت هذا الامتياز على نفقات التشييد والترميم والصيانة المتعلقة بأبنية أو منشآت مما يرد عليه التشييد كالقناطر والآبار والطرق ، فلا يضمن نفقات إصلاح الأراضي الزراعية أو تخفيف البرك . أما إذا لم يصل الأمر إلى حد التشييد أو الترميم أو الصيانة فإن الامتياز لا يثبت . وترتبط على ذلك فإن أية مبالغ أخرى تستحق للمقاول أو المهندس المعماري بسبب آخر غير هذه الأعمال فإن الامتياز لا يضمنها .
وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدي :

" الحق الممتاز : المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين لتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو ترميمها أو صيانتها . فيزيد المشروع على التقنين الحالي مصروفات البناء ويتلافى بذلك نقصا معروفا في التقنين الحالي " (١) .

الدكتور سليمان مرقس إلا أن النص لا ينطبق على المقاول من الباطن لأن المشروع نص في المادة ٦٦٢ مدني على تفويل المقاول من الباطن حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى ، وقرر للمقاول من الباطن في حالة توقيع الحجز تحت يد رب العمل امتيازاً على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي . ولم يكن ثمة محل لتقرير هذا الامتياز الأخير - وهو امتياز مقرر على منقول - لو أن المشروع قصد أن يشمل الامتياز المقرر في المادة (١١٤٨) المبالغ المستحقة للمقاولين من الباطن .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء السابع ص ٣٢٨ .

١٢٤- محل الامتياز :

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة (١١٤٨) على أن هذا الامتياز يثبت على المنشآت ، تحفظت وقالت : " ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه " .

ويستفاد من هذا النص أن محل الامتياز هو البناء أو المنشأة التي شيدت أو رمت أو تمت صيانتها . ومن ثم لا يرد الامتياز على الأرض التي يقام عليها المبنى . فلو أن المبنى تهدم فإنه لا يكون للدائن أن يباشر امتيازاه على هذه الأرض . وإنما يمكن أن يباشره على المال الذي يحل محل المبنى كعوض التأمين أو التعويض الذي يدفعه من يكون قد تسبب بخطئه في تهدم البناء .

ويحمل الامتياز المبنى كله ، ولكن الدائن لا يباشر امتيازاه إلا على المبلغ الذي يساوى الزيادة في قيمة العقار بسبب أعمال المهندس أو المقاول .

وتحدد هذه الزيادة بالنظر إلى قيمة العقار وقت بيعه وفي حدود ما يبقى قائما من هذه الزيادة . فإذا كان ثمن الأرض ١٠٠.٠٠٠ جنيه وكانت مصروفات المبنى ٢٠.٠٠٠ جنيه وكان العقار كله يقدر وقت تمام البناء بمبلغ ٣٥.٠٠٠ ثم بيع بعد عشر سنوات بخمسة وعشرين ألفا وكانت قيمة الأرض وقت البيع تساوى خمسة عشر ألفا فإن امتياز المقاول أو المهندس لا يقع إلا على عشرة آلاف وهي قيمة المبنى وقت البيع من الزيادة التي حصلت بسبب البناء، وإذا زادت قيمة العقار بسبب أجنبي عن

الأعمال التي قام بها المقاول أو المهندس كإنشاء ميدان فسيح أو خط رئيسي للمواصلات ، فإن هذه الزيادة لا تدخل في حساب ما يرد عليه هذا الامتياز لأنها ليست ناشئة بسبب ما قام به المقاول أو المهندس من أعمال أى أن زيادة القيمة التي نتجت من هذه الأعمال وقت إجرائها تعتبر حدا أقصى لما يرد عليه الامتياز لأن الامتياز لا يرد إلا على الباقي منها وقت بيع العقار .

ومتى عين قدر الزيادة الذي يعتبر محلا للامتياز ، فإنه يظل بمحله ضامنا كل جزء من دين المهندس أو المقاول عملا بقاعدة عدم تجزئة الرهن ، ولو وفي المالك الجزء الأكبر من الدين ولم يبق إلا القليل منه . ويلاحظ أن قصر امتياز المقاول أو المهندس على قيمة الزيادة لا يظهر إلا عند توزيع الثمن . أما قبل ذلك فيعتبر الامتياز كأنه وارد على العقار كله سواء كان ذلك من حيث شهره أو من حيث مباشرة إجراءات نزع الملكية^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" محل الامتياز: مازاد في قيمة العقار بسبب هذه الأعمال ، وبقي قائما إلى وقت بيع العقار . بخلاف امتياز مصروفات الصيانة في المنقول ، فالامتياز يقع على كل المنقول لا على مازاد فيه بسبب هذه المصروفات وقد تقدم ذكر ذلك " ^(٢).

(١) سليمان مرقس ص ٦٣٦ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء السابع ص ٣٢٩ .

١٣٥- شهر الامتياز :

نصت الفقرة الثانية من المادة ١١٤٨ مدق على أنه :

" ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد " .

ويكون قيد الامتياز بموجب قائمة كفاية الرهن أو الاختصاص، يبين فيها مقدار الدين الممتاز ، ويرفق بها ما يؤيده من مستندات كعقد محاسبة أو إقرار من المدين أو حكم قضائي .

ويجب أن تكون هذه المستندات مصدقا فيها على توقيع المدين^(١) .

ولا يكون للقيد أثر إلا إذا كان متخذاً ضد مالك العقار الأصلي أو مالك الأرض التي أقيمت عليها المنشآت وبموجب محاسبة أو إقرار صادر منه أو حكم قضائي صادر ضده . أما إذا كان مشتري العقار لم يسجل عقده وعهد مع ذلك إلى مقاول في إنشاء عمارة على هذه الأرض ، فلا يستطيع المقاول أن يقيد امتيازه ضد المشتري ولو كان عقد المقاوله الذي أبرمه معه عقداً رسمياً طالما أن عقد شراء الأرض لم يسجل . وهو كذلك لا يستطيع أن يقيد امتيازه ضد المالك البائع لأن عقد المقاوله المبرم مع المشتري ليس ملزماً للمالك المالك فيتعين حينئذ أن يقوم المقاول نفسه بإجراءات تسجيل عقد الشراء حتى يتمكن بعدئذ من قيد امتيازه ، أو أن يرفع الدعوى على البائع والمشتري لإلزام الأخير بتكاليف البناء وإلزام

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدق الجزء العاشر

سنة ١٩٧٠ ص ١٠٠٤ - سليمان مرقس ص ٦٣٦ .

الأول بجزء من هذه التكاليف يقابل زيادة القيمة التي حدثت في العقار بفعل المقاول ثم يقيد امتيازه بما يحكم له به على المالك^(١).

١٢٦- مرتبة الامتياز:

يثبت لهذا الامتياز مرتبته من يوم قيده (م/١١٤٨/٢) مدق ، فإذا لم يقيد الامتياز فلن تكون له مرتبة ، إذ لا يحتج به على الغير إلا إذا كان قد قيد .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" مرتبة الامتياز: يجب قيد الامتياز وتحدد المرتبة من وقت القيد " (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الامتياز المقرر في المادة ١١٤٨ من القانون المدنى للمقاولين على المنشآت التى عهد إليهم فى تشييدها نظير المبالغ المستحقة لهم لا يسرى على الغير إلا إذا أشهر بالقيد " .

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

فإذا تراحم هذا الامتياز مع أى حق عينى على العقار ذاته قدم الأسبق منهما فى تاريخ شهره . بين أن المادة ١٠٣٦ مدق أوردت استثناء على هذه القاعدة لمصلحة المقاول والمهندس المعمارى ، إذ نصت على أن امتداد الرهن للمحقات العقار المرهون لا يخل بامتياز المبالغ المستحقة

(١) سليمان مرقس ص ٦٣٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٣٢٩ .

للمقاولين أو المهندسين المعماريين. ووفق هذا النص يتقدم المهندس أو المقاول في استيفاء مستحققاته على المرتهن بالرغم من أن الأول قد قيد امتيازته في تاريخ لاحق على تاريخ قيد الرهن .

وعلى ذلك تكون الأولوية للامتياز ، ولو أن الرهن أسبق في تاريخ القيد^(١).

ويشترط لكي يفيد المهندس أو المقاول من هذا الحكم أن يكون قد قام بأعماله على عقار سبق رهنه ، إذ لو قام بهذه الأعمال على عقار لم يرهن بعد وتلكاً في قيد امتيازته حتى رهن العقار وقيد الرهن فإن هذا الاستثناء من قاعدة أسبقية القيد لا يقوم^(٢).

ومع أن هذا القيد قد ورد في صيغة مطلقة تشمل المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين عن التحسينات والإنشاءات التي قاموا بها سواء قبل الرهن أو بعده ، فإنه يتعين تحديد مداه بالرجوع إلى الحكمة التي أملت. إن المهندس أو المقاول الذي يقوم بمنشآت في عقار مرهون لا تكون لديه وسيلة لأن يسبق بامتيازته الرهن ، فيحمله ذلك على الامتناع عن إقامة المنشآت في العقارات المرهونة ، فأراد المشرع تشجيعه على إقامة هذه المنشآت بأن قرر عدم امتداد الرهن السابق إليها . أما المقاول أو المهندس

(١) السهوري ص ١٠٠٤ - سليمان مرقس ص ٦٣٧ .

(٢) أحمد سلامة ص ٤٥٧ .

النذى يقسم منشآت فى عقار خال من الرهن، فليس فى حاجة إلى هذه الحماية الاستثنائية لأنه يملك قيد امتيازہ قبل الرهن ويعتبر مقصرا إذا لم يفعل ذلك فلا يمكن أن يكون المشرع قد قصد حمايته بالتحفظ الوارد فى المادة ١٠٣٦ مدنى . وبناء على ذلك نفرق بين ما يقيمه المهندس أو المقاول من منشآت فى عقار خال من الرهن وما يقيمه فى عقار مرهون ، فسيما يتعلق بالأولى يكون التقدم بين الرهن والامتياز للأسبق منهما فى تاريخ قيده وذلك تطبيقا للقاعدة العامة . أما فيما يتعلق بالثانية فتكون الأولوية للامتياز ولو أن الرهن أسبق فى تاريخ القيد ، وذلك وفقا للتحفظ الوارد فى المادة ١٠٣٦ مدنى ^(١) .

ثانيا : امتياز حفظ المنقول وترميمه

١٢٧- حكمة الامتياز :

تنص على هذا الامتياز المادة ١٤٤٠ مدنى سالفه الذكر . وهذه المادة تعطى المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، حق الامتياز على المنقول ذاته .

وتقدير هذا الامتياز يقوم على أبسط قواعد العدالة ، فلولا المصروفات التى أنفقت لملك الشئ أو تلف ، وزال من ذمة المدين ، أو بالأقل هبطت قيمته هبوطا كثيرا ، وعلى ذلك يكون من العدل إعطاء من أنفقها أولوية فى استيفاء ما أنفقه من ثمن الشئ ^(٢) .

(١) سليمان مرقس ص ٦٣٨ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٢١ .

(٢) سمير تناغو ص ٣١٢ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٥٥ .

وهذا الاعتبار يقوم بالنسبة للعقار والمنقول على السواء . ولذلك ينتقد الفقه في فرنسا المشرع الفرنسى لقصره هذا الامتياز على مصروفات حفظ المنقول دون العقار . وقد تفادى المشرع المصرى هذا النقد عند وضعه التقنين المدنى القلم إذ نص في المادة (٦٠٣/٧٢٩ فقرة ٣) منه على أن : " المبالغ المستحقة في مقابلة ما صرف لصيانة الشيء تكون مقدمة على جميع ما عداها من الديون ... " فأصبح الامتياز يشمل العقار والمنقول على السواء ، إلا أن المشرع مالث أن عدل عن ذلك في التقنين المدنى الجديد و قصر الامتياز على المنقول. والظاهر أنه قصر هذا الامتياز على نفقات حفظ وترميم المنقول فحسب اكتفاء منه فيما يتعلق بنفقات حفظ العقار وترميمه، بتقرير امتياز للمقاولين والمهندسين المعماريين تأميناً للمبالغ المستحقة لهم عن ترميم المباني وصيانتها (١١٤٨م)، والذي تناولناه بالشرح سلفاً ، إلا أن هذا الامتياز لا يستفيد منه غير المقاولين والمهندسين المعماريين ف نطاق تطبيقه محدود من حيث الأشخاص ، فلا يمتد إلى من يكلف هؤلاء بالقيام بهذه الأعمال ويدفع لهم أجر من ماله الخاص. ومع ذلك فامتياز المقاولين والمهندسين المعماريين أوسع نطاقاً من حيث الأعمال التي أنفقت الأموال فيها، من حيث حفظ المنقول وترميمه، كما سرى^(١).

(١) سميح تناغو ص ٣١٢ - أحمد سلامة ص ٤٢٥ .

١٣٨. الحق الممتاز :

الحق الممتاز هو حق من أنفق مصروفات لحفظ المنقول أو ترميمه .
وينبغي أن تكون هذه المصروفات قد أنفقت في حفظ المنقول أو ترميمه .
أما إذا أنفقت في تحسين المنقول وتجميله بما يرفع قيمته فلا يضمنها هذا
الامتياز . ومعيار التفرقة بين مصروفات الحفظ ومصروفات التحسين أن
الأولى كان يهلك المنقول بدون إنفاقها . وعلى عكس ذلك فإن امتياز
المهندس والمقاول بالنسبة للمباني والمنشآت يمتد إلى مصروفات التحسين
جميعا .

والمنقول الذى تنفق هذه المصروفات في حفظه قد يكون ماديا أو معنويا ،
وقد يكون حيا أو جمادا . ومن أمثلة مصروفات الحفظ أو الصيانة أجرة
إصلاح الساعة وإصلاح السيارة وتكاليف علف الحيوان وأتعاب البيطار
ومصروفات الحارس مقابل إدارته الأموال المسلمة إليه ، ومصروفات
حفظ المحل التجارى ومصروفات قطع التقادم^(١) .

وقد تدق معرفة ما إذا كان قد ترتب على المصروفات التى أنفقت
على المنقول حفظه أو صيانتة ، فتقع ممتازة ، وما إذا كان لم يترتب عليها
ذلك ، فلا يثبت لها الامتياز . والمسألة متروكة لتقدير قاضى الموضوع ،
يفصل فيها على حسب النتيجة التى أدى إليها إنفاق المصروفات .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٥٦ - سمير تناغو ص ٣١٣ .

والقاضى فى تقديره هذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، لأن المسألة مردها إلى تقدير القاضى .

وتطبقا للقواعد العامة ، يجب على من يدعى أنه يفيد من امتياز مصروفات حفظ المنقول وصيائه ، أن يقيم الدليل على أن المبلغ الذى يحق له قد صرف على الشئ ، وأن يثبت رابطة السببية بين إنفاق هذا المبلغ وبين حفظ المنقول من التلف أو الهلاك^(١) .

ولا يشترط أن تكون المصروفات قد أنفقت بقصد حفظ المنقول أو ترميمه ، بل يكفى أن تكون قد أدت فعلا إلى الحفظ والترميم .

ولا يدخل فى هذه المصروفات مبلغ التأمين ولا الرسوم الجمركية ولا أجر النقل من مكان إلى آخر ، ولا مصاريف الجراج ، ولا ثمن الزيت والبنزين^(٢) .

وإذا أنفقت على المنقول مصروفات ترتب على بعضها حفظه أو إصلاحه دون البعض الآخر ، ثبت الامتياز فقط ضمنا للبعض الأول من المصروفات^(٣) .

١٣٩- محل الامتياز :

يقع هذا الامتياز على كل المنقول الذى حفظ أو رمم أيا كان نوع المنقول ماديا كان أو معنويا ، لا على ما زاد فيه بسبب الحفظ والترميم

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٥٦ وما بعدها .

(٢) السهورى ص ٩٥٤ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٥٨ .

فحسب ، وهذا ظاهر من نص المادة ١١٤٠ فقرة أولى إذ تقول أن امتياز هذه المبالغ يكون على المنقول كله .

ويشترط في بقاء هذا الامتياز على المنقول الذى تم حفظه وترميمه أن يظل هذا المنقول محتفظا بذاتيته ، قياسا على امتياز بائع المنقول المنصوص عليه في المادة ١١٤٥ مدن ، لأن مبنى الامتياز في الحالتين واحد. فإذا فقد المنقول ذاتيته بأن تغيرت حاله تغيرا ماديا أو ضاعت معالمه الأصلية تماما أو بأن أدمج في عقار فصار عقارا بطبيعته ، فإن الامتياز ينحسر عنه . أما إذا تغيرت حاله دون أن يفقد ذاتيته أو إذا صار عقارا بالتخصيص فإن ذلك لا يؤثر في ورود الامتياز عليه . غير أنه إذا كان العقار الذى يحصص المنقول لخدمته مرهونا فإن المنقول يدخل في الرهن ويكون حق المرتهن عليه إذا كان حسن النية مقدما على حق الدائن بنفقات الحفظ والترميم^(١).

١٤٠- مرتبة الامتياز :

هذا الامتياز متقدم فهو في المرتبة الثالثة بعد امتياز المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة .

وإذا تعددت مصروفات الحفظ والترميم وتزاحمت فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب التاريخ العكسى لتواريخ إنفاقها ، فما صرف آخره يقدم في الترتيب على ما صرف قبله . والحكمة من ذلك هو أن من

(١) سليمان مرقس ص ٥٤٦ وما بعدها _ السنهورى ص ٩٥٥ .

أنفق آخر المصروفات هو الذى حفظ المنقول من الهلاك لمصلحة مالكه. كما أن فى ذلك تشجيع لمن ينفق آخر المصروفات فى أن يقوم بحفظ المنقول ، إذ لو كان حقه يتأخر على ما أنفق أولا أو يتساوى معه لتردد فى القيام بحفظ المنقول إذا كان ما أنفق عليه من قبل يستغرق قيمته ^(١).

١٤١- حق الحبس وحق التتبع:

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول هى كقاعدة عامة تأمينات عينية على منقول بدون حيازة ، ولذلك يتعرض صاحبها دائما لخطر انتقال حيازتها إلى شخص حسن النية لا يمكن الاحتجاج فى مواجهته بحق الامتياز على المنقول . ومع ذلك فإنه بالنسبة لمن أنفق مصروفات حفظ وصيانة لمنقول حق حبسه حتى يستوفى ما يستحق له طبقا للمادة ٢٤٦ مدنى التى تجرى على أن : " ١ - لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومربط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محزره ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " .

(١) سمر تناغور ص ٣١٥ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٦٠ .

أما إذا لم يكن المنقول في حيازة الدائن الذى قام بحفظه أو ترميمه أو كان فيها ثم خرج منها برضا ذلك الدائن ، فلا يكون للأخير الحق في حبسه ، ولكن ذلك لا يفقده حقه في الامتياز عليه إذا أن هذا الامتياز ليس مبنيا على الحيازة أو على حق الحبس (م ١/٢٤٧ مدنى) وإنما هو مقرر بصفة مستقلة وتنص خاص (م ١١٤٠ مدنى) ، فيكون لهذا الدائن أن يستعمل امتيازاه على المنقول في يد مالكة المدين بنفقات الحفظ والترميم بل إن هذا الامتياز يخوله أن يتبع المنقول في أن يد يكون بشرط ألا يصطدم بمن يتمسك قبله بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

وبناء على ذلك إذ أصلح ميكانيكى سيارة في حيازة مالكةا ، جاز له أن يبيعها على مالكةا المذكور وفاء لمبالغ الإصلاح وأن يستوفى هذا المقابل من ثمنها قبل غيره من الدائنين عدا الدائنين الممتازين بمصروفات قضائية والخزانة العامة . فإذا كان ذلك المالك قد تصرف في السيارة إلى آخر وسلمها إليه ، فإن كان المتصرف إليه عالما بوجود دين الحفظ والترميم اعتبر سعى النية بالنسبة إلى صاحب هذا الدين ولم يجز له أن يتمسك قبله بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وتعين عليه إما أن يترك ذلك الدائن ينفذ على السيارة وإما أن يودع ثمنها ليستوفى منه ذلك الدائن حقه . أما إن كان المتصرف إليه يجهل دين الحفظ والترميم فيجوز له التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية فيحدد ذلك من حق الدائن .

في تتبع السيارة . غير أنه إذا كان المتصرف إليه في هذه الحالة لم يدفع الثمن إلى المتصرف ، فإن امتياز الدائن يرد على هذا الثمن^(١).

(١) سليمان مرقس ص ٥٤٨ وما بعدها .

موضوع رقم (٦)

(المقاولة من الباطن)

(Sous-Entreprise)

١٤٢- تعريف المقاول من الباطن :

المقاول من الباطن هو من يعهد إليه المقاول الأصلي بتنفيذ كل أو جزء من الصفقة التي أبرمها هذا الأخير مع رب العمل وذلك بمقتضى عقد المقاولة من الباطن وهو عقد يجب أن تتوافره كافة خصائص عقد المقاولة التي سبق ذكرها (راجع بند ٢) والتي من أهمها استقلال المقاول من الباطن ، في تنفيذ ما عهد إليه به من الصفقة من المقاول الأصلي ، تماما كالمقاول الأصلي بالنسبة إلى رب العمل .

وهناك صورة أخرى للمقاولة من الباطن سنعرض لها .

١٤٣- الفرق بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة :

تختلف المقاولة من الباطن عن التنازل عن المقاولة ، إذ في الحالة الأخيرة ينتقل عقد المقاولة بكافة حقوقه والتزاماته من المقاول الأول (التنازل) إلى المقاول الثاني (التنازل إليه) وتنقطع صلة المقاول الأول برب العمل، ويصبح الثاني هو المدين بجميع التزامات عقد المقاولة الأصلي أمام هذا الأخير .

ولا يكون المقاول الأول مسئولاً عنه أو ضامناً له لدى رب العمل ،
على عكس الحال في المقاولة من الباطن ، حيث يظل المقاول الأصلي
مسئولاً عن أخطاء المقاول من الباطن ، وضامناً له قبل رب العمل .
ولذا فإن التنازل عن عقد المقاولة لا يثير أية مشكلة بالنسبة لخضوع
المقاول الثاني (المتنازل له) للمسئولية الخاصة بالمعماريين ، وذلك على
عكس الحال بالنسبة للمقاولة من الباطن على الوجه الذى سوف نراه^(١) .
ورغم أن الشارع المصرى نظم عقد المقاولة من الباطن ، إلا أنه لم
يعرض للتنازل عن المقاولة . وتركها للقواعد العامة .

ويجوز مسلك الشارع في هذا أن التنازل عن المقاولة أقل وقوعاً في
العمل من المقاولة من الباطن .

١٤٤- صور التنازل عن المقاولة :

للتنازل عن المقاولة صور ثلاث هي :

- ١- تنازل المقاول عن الأجرة لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق :
وطبقاً للقواعد العامة يتم هذا التنازل باتفاق بين المقاول (المحيل)
والشخص الثالث (المحال له) .
وتسرى الحوالة في حق رب العمل بإعلانه بها عملاً بالمادة ٣٠٥ مدنى .
ويلجأ المقاول عادة إلى هذه الصورة للحصول على مبالغ يستعين بها
في تنفيذ عقد المقاولة سواء من أحد المصارف أو أحد الممولين .
وفي هذه الصورة يكون المحال له هو الدائن بالأجرة .

(١) عبد الرازق حسن بس ص ٤٣٢ الهامش .

٢- تنازل المفاوض للغير عن جميع عقد المفاوضة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات . فيحل المتنازل له محل المفاوض في عقد المفاوضة . ويصبح هو المفاوض تجاه رب العمل . وقد يكون هذا التنازل بمقابل يدفعه المتنازل له للمتنازل ، أو بالعكس يدفعه المتنازل للمتنازل له إذا كان الأول يتوقع الخسارة لو أنه قام بتنفيذ المفاوضة بنفسه فيتنازل عن المفاوضة لآخر ويدفع له مبلغا يحدد به خسارته .

وتطبق على التنازل قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المفاوض الأصلي ، وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماته .

٣- تنازل رب العمل عن عقد المفاوضة :

ومثال ذلك أن يبيع رب العمل الأرض مثلا التي قال على إقامة بناء فيها ويتنازل في الوقت ذاته لمشتري الأرض عن عقد المفاوضة وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات .

وهذه الصورة نادرة في العمل^(١).

١٤٥- متى يجوز للمفاوض التعاقد مع مفاوض من الباطن ؟

تنص المادة (٦٦١) مدني على أن :

(١) السنيهوري ص ٢٦٠ وهامش (١) وما بعدها- فتحيه قره ص ٢٣٤ وما بعدها.

" ١ - يجوز للمقاول أن يكمل تنفيذ العمل في جملة أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية .

٢ - ولكن يبقى في هذه الحالة مسئولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل " .

فالمقولة باعتبارها عقداً مالياً ، لا تقوم بحسب الأصل على الاعتداد بشخصية طرفيها ، ومن ثم فإنه يجوز للمقاول أن يكمل تنفيذ العمل في جملة أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن يعمل مستقلاً عنه ، ولن يضار رب العمل من قيام مقاول من الباطن بتنفيذ العمل ، لأن المقاول الأصلي يبقى مسئولاً أمامه عن هذا التنفيذ كما لو كان قد قام به بنفسه (م ٦٦١/٢ مدني) إلا إذا قبل رب العمل النزول عن المقولة وأبرأ ذمة المقاول الأصلي من التزاماته . وقد نصت المادة ٧٨ مرافعات صراحة على أنه يجوز في الوكالة بالخصومة أن ينصب الوكيل غيره من المحامين ما لم يكن ممنوعاً من الإنابة صراحة في التوكيل .

غير أنه يمتنع على المقاول المقولة من الباطن في كل العمل أو في جزء منه في حالتين :

الحالة الأولى :

أن يوجد شرط في العقد يمنع المقاول من المقولة من الباطن :
فإذا وجد بالعقد شرط يمنع المقاول من المقولة من الباطن ، امتنع على المقاول المقولة من الباطن .

وقد يكفي العقد باشتراط موافقة رب العمل مقدما قبل المفاوضة من الباطن .

وفي هذه الحالة يكون المفاوض الأصلي ملتزما بالقيام بالعمل بنفسه وبواسطة تابعه. فإذا خالف هذا الشرط فإنه يكون مسئولاً عن الأضرار التي تصيب رب العمل من جراء ذلك . وفضلاً عن ذلك يكون لرب العمل أن يفسخ العقد، ولكن لا يجوز لغير رب العمل أن يتمسك بالشرط المانع من المفاوضة^(١) .

الحالة الثانية :

إذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية للمفاوض :
إذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية للمفاوض فلا يجوز للمفاوض الأصلي أن يعهد بالعمل على المفاوضة أو جزء منه إلى مفاوض من الباطن . وقد تكون هذه الكفاية، كفاية علمية أو فنية .

فإذا قال رب العمل رسماً أو مهندساً أو طبيباً فإنه يغلب أن يكون رب العمل لجأ إلى هذا المفاوض بالذات لكفايته الشخصية ، فلا يجوز للمفاوض الأصلي أن يقول من الباطن على العمل أو بعضه رسماً أو مهندساً أو طبيباً يقوم به مكانه ،

(١) محمد ليب شنب ص ٨٧ .

وإذا قام شك في أن رب العمل لجأ إلى المفاوض لكفايته الشخصية، فسر هذا الشك في معنى المنع لأنه الأغلب الأعم، فلا يجوز للمفاوض الأصلي التعاقد مع مفاوض من الباطن .

وفي هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... على أنه ، عند قيام الشك ، يحرم المفاوض من حق المفاوضة من الباطن إلا إذا أذن له رب العمل بذلك " ^(١).

وإحدى هاتين الحالتين كافية وحدها لمنع المفاوض الأصلي من المفاوضة من الباطن . ويفصح عن ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٦٦١ كانت تنص - كما وردت بالمشروع التمهيدى - تحت رقم (٨٦٨) على أن : "يجوز للمفاوض أن يكل تنفيذ العمل ، في جملة أو في جزء منه ، إلى مفاوض من الباطن، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد ولم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية " ، إلا أنه اقترح في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدال " أو " التخييرية بـ "أو العطف قبل عبارة "لم تكن طبيعة العمل " فرأت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأنه يكشف عن حقيقة المقصود من حكم النص وذلك لأن أحد الشرطين يكفى و"الواو" تفيد ضرورة اجتماع الشرطين وعلى ذلك قررت اللجنة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٥٠ - راجع أيضا محمد عبد الرحيم

إدخال هذا التعديل على هذه المادة ووافق المجلس على المادة كما عدلتها اللجنة^(١).

غير أن حظر المقاوله من الباطن على المقاول الأصلي في الحالتين السابقتين ، ليس من شأنه منعه من الاستعانة بأشخاص آخرين فنيين إداريين أو عمال في إنجاز العمل، مادام هؤلاء ليسوا مقاولين من الباطن ، بل تابعون للمقاول ومرتبون معه بعقد عمل لا بعقد مقاوله^(٢).

١٤٦- التنازل عن الشرط المانع من المقاوله من الباطن :

يجوز لرب العمل التنازل عن الشرط المانع من المقاوله من الباطن، فيتحلل منه المقاول، ويكون له بالتالى الحق في المقاوله من الباطن. وكما يكون تنازل رب العمل عن الشرط المانع صريحا قد يكون ضمنيا ، كأن يستعمل رب العمل مع المقاول من الباطن ويعطيه من الأجر بمقدار ماهو مدين به للمقاول الأصلي . وطالما تنازل رب العمل عن الشرط المانع ، أصبح غير جائز الرجوع فيه ، سواء حصل التنازل قبل مخالفة المقاول للشرط المانع أو بعد مخالفته إياه^(٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٥٠ وما بعدها .

(٢) السنهوري ص ٢٦٤ - محمد لبيب شنب ص ٨٨ - محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٤٨ .

(٣) قدرى الشهاوى ص ٢٣٧ .

١٤٧- أثر مخالفة الما قول لحظر الما قولة من الباطن :

يترتب على مخالفة الما قول حظر الما قولة من الباطن ، الجزاء الذى تقضى به القواعد العامة .

فيجوز لرب العمل أن يطالب الما قول الأصلى بتنفيذ العمل تنفيذا عينيا أى بمعرفته وليس بمعرفة الما قول من الباطن ، كما أن له أن يطلب فسخ عقد الما قولة .

وكما ذكرنا سلفا أن القواعد العامة لا تحتم على القاضى إجابة طلب الفسخ ، بل يخضع لتقديره ، فله أن يرفض الفسخ ويكتفى بإلزام الما قول الأصلى بأن يقوم هو شخصا بتنفيذ العمل المتعاقد عليه .

ولرب العمل سواء طلب التنفيذ العيني أو الفسخ الحق فى التعويض عما يكون قد لحق به من ضرر .

ويرجع رب العمل بالتعويض على الما قول الأصلى وليس على الما قول من الباطن .

غدير أنه يجوز للمما قول من الباطن، إذا رجع رب العمل على المما قول الأصلى بالتنفيذ العيني أو بالفسخ، أن يرجع هو الآخر على المما قول الأصلى يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء بالتزاماته المستمدة من عقد الما قولة من الباطن .

وقد قضت محكمة النقض في حكم حديث لها بأن :

" لما كان واقع الدعوى أن الطاعنة قد اتفقت مع الشركة المطعون ضدها الثانية بموجب عقد مقاوله مؤرخ ١٩٨٤/٢/٧ والمقدم صورته منها أمام محكمة أول درجة على أن تقوم الشركة المطعون ضدها الثانية بإنشاء العمارات المبينة بالعقد لصالح الطاعنة وتضمن البند الثامن منه التزاما عليها هو القيام بالعمل المتفق عليه بنفسها وحظر عليها أن تسند تنفيذه في جملة ، أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن وإلا كان الجزاء الفسخ ، ولعدم قيام المقاول الأصلي بتنفيذ العملية في الميعاد المتفق عليه في العقد، فقد سحبت الطاعنة العملية منه بعدما أنذرته رسميا بذلك وتحفظت على المنقولات الموجودة بالموقع والمملوكة له ضمانا لحقوقها قبله، وإذ لم يطبق الحكم العقد آنف الذكر على موضوع النزاع رغم وجوب إعماله وطبق عقد المقاوله من الباطن والذي لم تكن الطاعنة طرفا فيه ، وخلص إلى أن المنقولات الموجودة بالموقع ملكا للمطعون عليه الأول- المقاول من الباطن- وقضى له بتسليمها فضلا عن مبلغ التعويض فإنه يكون مشوبا بالقصور في التسبب مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون" .

(طعن رقم ٥٥٩١ ، ٥٦٠١ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٩/١/٢٧)

١٤٨- آثار المقاولة من الباطن :

إذا لم يكن هناك شرط في عقد المقاولة مانع للمقاول من المقاولة من الباطن ، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية .
فإن المقاولة من الباطن ، كلية كانت أو جزئية ، تكون صحيحة و نافذة في حق رب العمل .

وأكثر ما تقع المقاولة من الباطن في المقاولات الكبرى حيث تتعدد الأعمال وتنوع ، وتتجاوز إمكانيات مقاول واحد مهما كان مركزه ونشاطه كبيرين .

ويترتب على المقاولة من الباطن ، قيام علاقات ثلاث هي :

١ - علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن .

٢ - علاقة المقاول الأصلي برب العمل .

٣ - علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن .

ونعرض لهذه العلاقات الثلاث بالتفصيل فيما يلي .

أولاً : علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن

١٤٩. عقد المقاولة من الباطن ينظم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن :

ينظم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن عقد المقاولة من الباطن المبرم بينهما ، إذ تضحى العلاقة بينهما هي علاقة رب عمل (المقاول الأصلي) بمقاول (المقاول من الباطن) .
ويظل هذا العقد منفصلاً عن العقد الذى أبرمه رب العمل مع المقاول الأصلي .

ولا يشترط أن تكون شروط العقدین متماثلة أو متقاربة ، غير أنه في الغالب يكون عقد المقاولة من الباطن مختلفاً عن عقد المقاولة الأصلي ، في الشروط ومقدار الأجرة ، إذ يغلب أن تكون الأجرة في عقد المقاولة من الباطن أقل منها في العقد المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي ، حتى يحقق المقاول الأصلي ربحاً من وراء عقد المقاولة من الباطن .

وقد يوجد في عقد المقاولة الأصلي شرط جزائي ، ولا يوجد في عقد المقاولة من الباطن ، أو يحصل العكس .

١٥٠. التزامات المقاول الأصلي قبل المقاول من الباطن :

يلتزم المقاول الأصلي نحو المقاول من الباطن ، بجميع التزامات رب العمل قبل المقاول ، فقد أوضحنا سلفاً أن المقاول الأصلي في علاقته بالمقاول من الباطن يعتبر رب عمل .

فيلتزم المقاول الأصلي قبل المقاول من الباطن بما يأتي :

١- القيام بما هو ضروري لإنجاز العمل .

٢- تسلم العمل من المقاول من الباطن بعد إنجازه .

٣- دفع الأجر إلى المقاول من الباطن .

ويسرى على هذه الالتزامات كافة ما يسرى عليها بالنسبة لرب العمل تجاه المقاول، ولذلك نخيل إلى ما ذكرناه سلفاً في التزامات رب العمل نحو المقاول .

(راجع بنود ٩٢ وما بعده) .

١٥١-التزامات المقاول من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي :

يلتزم المقاول من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي بكافة التزامات المقاول نحو رب العمل .

فهو يلتزم قبله بما يأتي :

١- إنجاز العمل الموكل إليه .

٢- تسليم العمل بعد إنجازه .

٣- ضمان العمل بعد تسليمه .

ونخيل في شرح الالتزامين الأول والثاني إلى ما أوردناه بشأن التزامات المقاول قبل رب العمل .

(راجع بنود ٣٧ وما بعده) .

أما بالنسبة للالتزام الثالث ، وهو الالتزام بضمان العمل بعد تسليمه . فقد ذكرنا سلفا أن الضمان المنصوص عليه بالمادة ٦٥١ مدني ، وهى التى تجعل المقاول ضامنا لما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم فى المباني أو المنشآت الثابتة ولجميع ما يوجد فى المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ، قاصر على المقاول الأصلي دون المقاول من الباطن .

وعلى ذلك يكون التزام المقاول من الباطن قبل المقاول الأصلي بضمان عيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى طبقا للقواعد العامة . فينتهى التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلي العمل مع تمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب . فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك ، لا يكون المقاول من الباطن مسئولا إلا بالقدر وإلى المدة التى يقضى بها عرف المهنة .

(راجع فى التفصيل بند ٦٩) .

ثانيا : علاقة المقاول الأصلي برّب العمل

١٥٢. التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلي :

ينظم العلاقة ما بين المقاول الأصلي ورب العمل عقد المقاولة الذى أبرمه الطرفان ، ولا شأن لرب العمل بعقد المقاولة من الباطن فهذا العقد لا يكسب رب العمل حقا ولا يرتب فى ذمته التزاما لأنه يعتبر بالنسبة إليه من الغير فيما عدا ما نص عليه القانون من رجوع المقاول من الباطن على رب العمل بالأجرة فى حدود وبشروط معينة كما سنرى .

وبالتالى يبقى رب العمل ملتزما نحو المقاول الأصلي ، دون المقاول من الباطن . فتنشأ التزاماته قبله من عقد المقاولة الأصلي^(١) .

فيلتزم رب العمل بتسليم العمل وتقبله من المقاول الأصلي لا من المقاول من الباطن كما يلتزم بدفع الأجر للمقاول الأصلي لا المقاول من الباطن ما عدا الاستثناء المشار إليه .

١٥٣. التزامات المقاول الأصلي نحو رب العمل :

يسبق المقاول الأصلي ملتزما نحو رب العمل بكل الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي . فلا تنشأ التزاماته من عقد المقاولة من الباطن . وعلى ذلك يلتزم المقاول الأصلي قبل رب العمل بإنجاز العمل المتفق عليه وتسليم العمل بعد إنجازه ، ولاشك أنه يندرج فى هذا العمل، العمل

(١) محمد شكرى سرور ص ١٢٧ وما بعدها .

الذى أنجزه المفاوض من الباطن . كما يلتزم بضمان العمل على النحو الذى فصلته المادة ٦٥١ مدنى . ولا شأن لهذا الضمان بضمان المفاوض من الباطن قبل المفاوض الأصيلى ، الذى تحكمه القواعد العامة .

وقد سبق أن تناولنا هذه الالتزامات تفصيلا عند تناول التزامات المفاوض تجاه رب العمل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يدل النص فى المادة (٦٦١) من القانون المدنى على أن المفاوض الأصيلى يبقى ملتزما نحو صاحب العمل والتزاماته تنشأ من عقد المفاوضة الأصيلى لا من عقد المفاوضة من الباطن ف يلتزم نحو صاحب العمل بإيجاز العمل محل عقد المفاوضة الأصيلى ، ويدخل فى ذلك العمل الذى أنجزه المفاوض من الباطن . فإذا أخل المفاوض من الباطن بالتزامه فى إيجاز العمل طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصناعة ، كان المفاوض الأصيلى مسئولا عن ذلك نحو صاحب العمل ومسئولية المفاوض الأصيلى عن المفاوض من الباطن مسئولية عقدية تنشأ من عقد المفاوضة الأصيلى ، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التى تصدر من المفاوض من الباطن تعتبر بالنسبة إلى صاحب العمل أعمالا وأخطاء صدرت من المفاوض الأصيلى ، فيكون هذا مسئولا عنها قبله " .

(طعن رقم ٤٨٤٣ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/١/١١)

(قرب طعن رقم ٧٦ لسنة ١٠ ق ، ٥ لسنة ١١ ق جلسة

١٩٤١/٤/١٧ - منشورين بالبند التالى)

١٥٤. مدى مسؤولية المَقاول الأصلي عن المَقاول من الباطن :

تنص الفقرة الثانية من المادة (٦٦١) على أن " ولكنه يبقى في هذه الحالة " المَقاول الأصلي " مسئولاً عن المَقاول من الباطن قبل رب العمل". وبالترتيب على ذلك يظل المَقاول الأصلي مسئولاً عن المَقاول من الباطن قبل رب العمل ، ولا يكون المَقاول من الباطن مسئولاً مباشرة نحو رب العمل ، بل يبقى مسئولاً قبل المَقاول الأصلي . فالعلاقة بين رب العمل والمَقاول من الباطن علاقة غير مباشرة، إذ يتوسطهما المَقاول الأصلي .

فإذا لم يوف المَقاول الأصلي بالتزاماته قبل رب العمل، رجع رب العمل على المَقاول الأصلي ، ثم يرجع المَقاول الأصلي على المَقاول من الباطن. وإذا أحل المَقاول من الباطن بالتزاماته قبل المَقاول الأصلي ، كان المَقاول الأصلي هو المسئول نحو رب العمل .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٤١٣ من القانون المدني ولو أنها تخول المَقاول إعطاء المَقالة لآخر إذا لم يكن متفقاً على خلاف ذلك إلا أنها تعده مسئولاً عن عمل هذا الآخر . وبناء على ذلك فإن مجرد قيام مَقاول من الباطن تحت إشراف الحكومة بالعمل الذي تعاقده عليه المَقاول الذي اتفقت معه لا يقطع مسؤولية هذا المَقاول ، خصوصاً إذا كان في شروط التعاقد ما يحمله مسؤولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المَقالة " .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ١٠ق، ٥ لسنة ١١ ق. جلسة ١٩٤١/٤/١٧)

١٥٥- أئسس مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن :

المقاول من الباطن يعمل مستقلا عن المقاول الأصلي ولا يعتبر تابعا له، فلا يربطه به عقد عمل . ومن ثم فإن مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن ليست مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ، بل هي مسؤولية عقدية تنشأ من عقد المقاولة الأصلي . على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التي تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالا وأخطاء صدرت من المقاول الأصلي ، ومن ثم تتحقق مسؤوليته في مواجهة رب العمل^(١).

ولما كانت هذه المسؤولية عقدية، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، فيشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقاوم من الباطن وألا يكون مسؤولا عن المقاول من الباطن . كما يجوز بعد أن يعقد المقاول الأصلي مقاولة من الباطن أن يقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الأصلي في كل حقوقه والتزاماته ، فتتحوّل المقاولة من الباطن إلى تنازل عن المقاولة . كذلك يجوز أن يتعهد المقاول من الباطن للمقاول الأصلي بأن يقوم رب العمل في هذه الحالة بالرجوع بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن طبقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير، ويحتفظ في الوقت ذاته بحق الرجوع على المقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة^(٢).

(١) قدرى الشهاوى ص ٢٤٦ - محمد عبد الرحيم غير ص ٢٥١ .

(٢) السهورى ص ٢٧٩ هامش (١) .

ثالثا : علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن

١٥٦. علاقة غير مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن :

الأصل أنه لا توجد ثمة علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، فالعلاقة التعاقدية قائمة بين رب العمل والمقاول الأصلي، والمقاول من الباطن يعتبر من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي . بعكس العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ، فالعلاقة بينهما علاقة تعاقدية .

فالالتزامات التي تقع على عاتق المقاول الأصلي قبل رب العمل بموجب عقد المقاولة المبرم بينهما، وهي إنجاز العمل وتسليمه والضمان، لا يستطيع رب العمل مطالبة المقاول من الباطن بها مباشرة، بل يجب عليه أن يطالب بها المقاول الأصلي .

غير أنه يجوز لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بالدعوى غير المباشرة، أي دعوى مدينه المقاول الأصلي فيستعمل حق مدينه المقاول الأصلي قبل مدين مدينه المقاول من الباطن، فيطالبه بإنجاز العمل وتسليمه وبضمان العمل بعد تسليمه .

والوجه الآخر ، هو مطالبة المقاول من الباطن لرب العمل ، فإنه لا يستطيع بدوره مطالبته مباشرة بالتزاماته قبل المقاول الأصلي .

فلا يستطيع المقاول من الباطن مطالبة رب العمل ، بالتزامه بتأمين المقاول من إنجاز العمل ، وتسليم العمل وتقبله ، وإنما يستطيع الرجوع عليه بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه المقاول الأصلي في الرجوع على رب العمل .

وكان الأصل أن يخضع التزام رب العمل بدفع الأجر إلى المقاول الأصلي لهذه القاعدة، فلا يجوز للمقاول من الباطن مطالبة رب العمل به بالطريق المباشر غير أن القانون خرج على هذا الأصل ، وأجاز للمقاول من الباطن وعماله مطالبة رب العمل مباشرة بالأجر المستحق لهم بما لا يتجاوز القدر الذى يكون مدينابه للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى وهذا ما سنعرض له فيما يلى .

الاستثناء المقرر للمقاول من الباطن وعماله فى الرجوع بالأجر مباشرة على رب العمل

١٥٧. النص القانونى :

المادة (٦٦٢) مدنى :

" ١ - يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يتجاوز القدر الذى يكون مدينابه للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل .

٢- ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة .

٣- وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة ،
مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل " .

١٥٨- الحكمة من الدعوى المباشرة :

رغم أن للمقاول من الباطن دعوى غير مباشرة قبل رب العمل في مطالبته بالأجر المستحق له قبل المقاول الأصلي ، وذلك باستعمال دعوى مدينه المقاول الأصلي قبل رب العمل . إلا أن المشرع رأى أن هذه الدعوى غير المباشرة لا تحقق الحماية الكاملة للمقاول من الباطن، لأن هذه الدعوى غير المباشرة يزاحمه فيها كافة دائني المقاول الأصلي ، فلا يحصل وحده على المال المملوك لصاحب العمل الذى يجرى عليه التنفيذ، وإنما يقاسمه فيه سائر دائني المقاول الأصلي قسمة الغرماء . خاصة أن المقاول من الباطن لا يرجع على رب العمل عادة إلا إذا كان المقاول الأصلي معسرا . ومن ثم فإن الدعوى المباشرة تدرء عن المقاول من الباطن مغبة مزاحمة دائني المقاول الأصلي له .

وقد ارتأى الشارع أن عمال المقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلي لا يقلون في الحاجة إلى الرعاية عن المقاول من الباطن ، فمد حمايته إليهم وحوّلهم جميعا دعوى مباشرة ، وحق امتياز أيضا كما سنرى ، ينأى بهم عن مزاحمة دائني المقاول الأصلي .

ولا يشترط لاستعمال هذه الدعوى المباشرة أن يكون المقاول الأصلي معسرا ، أو أن يكون دائنوه قد رجعوا عليه أولا .

١٥٩- أصحاب الحق فى الدعوى المباشرة :

حولت المادة ٦٦٢ مدق حق الدعوى المباشرة قبل رب العمل للأشخاص الآتى ذكرهم .

١- المقاول من الباطن :

يكون المقاول من الباطن طرفا فى المطالبة ، وهو دائن يطالب فى حدود الأجر المستحق له فى ذمة المقاول الأسمى .

ولا تقتصر مطالبته على الأجر فقط، وإنما له حق المطالبة فيما يتبع الأجر من نفقات وثمان مهمات وأدوات وفوائد واسترداد التأمين من رب العمل.

والطرف الآخر فى هذه المطالبة أى المدين هو رب العمل، ولا يطالبه المقاول من الباطن إلا بالقدر الذى يكون رب العمل مدينا به فقط للمقاول الأسمى، بموجب عقد المقاوله الأسمى وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من المقاول الأسمى. فإذا تبقى له أجر بعد هذه المطالبة فى ذمة المقاول الأسمى، فليس أمامه سوى الرجوع على هذا المقاول بباقى ما يستحقه .

وعلى ذلك فإذا كان رب العمل قد وفى جزءا من دينه قبل إنذاره بالوفاء ورفع الدعوى لدائى المقاول ، فإنه يحتج بهذا الوفاء عليهم .

٢- العامل الذى يعمل لدى المقاول الأسمى :

العامل الذى يعمل لدى المقاول الأسمى مرتبط بعقد عمل ، يحق له الرجوع على رب العمل بما قد يكون مستحقا له من أجر قبل المقاول الأسمى، سواء قام المقاول الأسمى بالعمل جميعه أو عهد بجزء منه إلى .

مقاول من الباطن . ويكون رجوعه على رب العمل من الأجر الواجب عليه للمقاول الأصلي.

ولا يقتصر حق العامل في الرجوع على رب العمل على الأجر المستحق له ، وإنما يرجع عليه بكل التزام ناشئ عن عقد العمل الذي يربطه بالمقاول من الباطن .

أما إذا كان حق العامل غير ناشئ عن عقد العمل ، كما لو كان ناشئا عن المسؤولية التقصيرية فلا يرجع به على رب العمل .

٣- العامل الذي يعمل لدى المقاول من الباطن :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٦٢ على أن: " ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل " .
فالعامل لدى المقاول من الباطن له حق الرجوع على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن ، كما يرجع على رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلي، بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاوله الأصلي .

أما إذا كان المقاول من الباطن قاول هو أيضا بدوره من الباطن ، فالمقاول من الباطن الثاني يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل للمقاول من الباطن الأول، ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة على رب العمل على اعتبار أن المادة ٦٦٢ مدني لا تعطي

الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن إلا على رب العمل الذى قال
مقاوله وهونها المقاول الأصلى . وعمال المقاول من الباطن الثانى يرجعون
بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن الأول وهو مدين مدين مدينهم ،
وعلى المقاول الأصلى وهو مدين مدينهم ، دون رب العمل فهو ليس إلا
مدين مدين مدين مدينهم .

ولا يجوز لرب العمل أن يشترط على المقاول الأصلى عدم رجوع
المقاول من الباطن أو العمال عليه بدعوى مباشرة ، فإن هذا الاتفاق
المعقود ما بين رب العمل والمقاول لا يمس حقوق المقاول من الباطن
والعمال إذ هم ليسوا طرفا فيه ، وقد استمدوا حقهم من القانون ^(١) .
وهذا الحق قاصر على العمال ، فهو لا ينطبق على موردى المقاول الأصلى
fournisseurs ومن ثم فليس لهؤلاء دعوى مباشرة على رب العمل
بأنمان ما وردوه للمقاول الأصلى ، إلا إذا قضى الاتفاق أو دفتر الشروط
بخلاف ذلك . ويكون هذا الشرط كفالة للمقاول لصالح دائنيه
الآخرين ^(٢) .

١٦٠. نتائج الدعوى المباشرة :

يتعين التفرقة بين فرضين :

(١) قدرى الشهاوى ص ٢٥٠ وهامش (٦) .

(٢) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٥٤ .

الفرض الأول :

قبل إنذار رب العمل بالوفاء أو رفع الدعوى المباشرة :

إذا لم يكن المقاول من الباطن أو أى من عمال المقاول الأصلي أو عمال المقاول من الباطن قد أنذر رب العمل بالوفاء أو رفع الدعوى المباشرة. فإنه يجوز للمقاول الأصلي أن يتصرف في حقه المترتب في ذمة رب العمل بجميع أنواع التصرفات ، كما يجوز له تقاضى حقه من رب العمل .

وهذا الوفاء يكون ساريا في حق المقاول من الباطن أو العامل .

ويكون الوفاء ساريا في حق المقاول من الباطن أو العامل حتى لو كان وفاء بأقساط معجلة قبل مواعيد استحقاقها ما لم يكن هناك غش^(١).

ويستج على المقاول من الباطن أو العامل بهذا الوفاء ولو كانت المخالصة غير ثابتة التاريخ ويسرى الوفاء في حقهما حتى لو كان رب العمل عالما بأن في ذمة المقاول الأصلي مبلغا مستحقا لهما ماداما لم ينذرا رب العمل بالوفاء ، ما لم يثبت وجود غش أو تواطؤ بين رب العمل والمقاول الأصلي^(٢).

الفرض الثاني :

بعد إنذار رب العمل بالوفاء أو رفع الدعوى :

(١) السنهوري ص ٢٨٧ وهامش (٣) .
(٢) السنهوري ص ٢٨٨ الهامش - قدرى الشهاوى ص ٢٥١ - محمد عبد الرحيم
عبر ص ٢٥٤ وما بعدها .

إذا أنذر المفاوض من الباطن أو العامل رب العمل بأن يدفع له ما هو مدين به للمفاوض الأصلي تمهيدا لرفع الدعوى عليه، أو قام برفع الدعوى، فلا يجوز له أن يقوم بالوفاء لهذا المفاوض، بل يتعين عليه أن يفى لدائنيه مباشرة بقدر حقوقهم. فإذا أوفى إلى المفاوض الأصلي فلا يسرى هذا الوفاء في حق المفاوض من الباطن أو العامل ويجوز لهما مطالبة رب العمل بحقوقهما، على أن يرجع الأخير بما دفعه على المفاوض الأصلي.

١٦١- حق الامتياز المقرر للمفاوض من الباطن والعمال :

رتبت الفقرة الثانية من المادة (٦٦٢) للمقاولين من الباطن وللعمال الذى يشتغلون لحساب المفاوض فى تنفيذ العمل، وكذلك لعمال المفاوض من الباطن، فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المفاوض الأصلي امتيازاً على المبالغ المستحقة للمفاوض الأصلي أو للمفاوض من الباطن وقت توقيع الحجز.

والحكمة من تقرير حق الامتياز هؤلاء، أن الدعوى المباشرة قد لا تكون كافية لحماية حقوقهم الحماية الكافية، لأنها لا تمنع دائي مدين المدين من مزاحمتهم. ولذلك فقد عمد المشرع لتقرير هذا الامتياز لهم.

١٦٢- محل الامتياز :

يقع الامتياز على المبالغ التى تكون مستحقة فى ذمة رب العمل أو فى ذمة المفاوض الأصلي وقت توقيع حجز تحت يد رب العمل أو المفاوض الأصلي.

ولا يشترط لوجود الامتياز أن يوقع الحجز تحت يدهما، كما قد توحى بذلك صياغة الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ ، لأن الامتياز موجود بنص القانون ، وإنما فائدة توقيع الحجز تبدو في تحديد محل الامتياز بالمبالغ التي تكون في ذمة رب العمل أو المقاول الأصلي وقت توقيع الحجز ، دون ما يكون قد انقضى قبل ذلك من ديونه .

وبمقتضى هذا الامتياز يتقدم المقاول من الباطن والعمال في استيفاء حقوقهم من هذه المبالغ على سائر الدائنين العاديين لرب العمل أو المقاول الأصلي ، فلا يتزاحمون معهم ^(١).

وتقضى الفقرة الأولى من المادة في عجزها على أن : "يكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه " ، ومفاد ذلك أنه إذا لم يف ما في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي أو ما في ذمة الأخير للمقاول من الباطن بحقوق هؤلاء ، قسم الدين بينهم قسمة غرماء كل بنسبة حقه ، ولا يأخذ سائر دائني رب العمل أو المقاول الأصلي شيئا حتى لو كانوا قد حجزوا هم أيضا تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي .

كما تقضى الفقرة الأولى من المادة في عجزها أيضا بأن :
"ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة " ، وهي تعنى أنه يجوز من وقت توقيع الحجز تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي أن يوفى أولا حقوق المقاولين من الباطن والعمال مقدما إليهم على سائر الدائنين ، دون انتظار لاستصدار أمر من القاضي ، بأداء هذه المبالغ إليهم .

(١) محمد ليبب شنب ص ١٥٩ وما بعدها .

وكانت المادة ٨٨٦ من المشروع التمهيدي (التي أصبحت برقم (٦٦٢) تنص صراحة في عجز فقرتها الثانية على هذا الحكم بقولها : " ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضي إلا أن عبارة " استصدار أمر من القاضي " حذفت في لجنة المراجعة دون بيان أسباب الحذف ^(١)، ويرجح أن سبب الحذف هو إمكان الاستغناء عن هذه العبارة لعدم الحاجة إليها " .

١٦٣ - حالة نزول المقاتل الأصلي عن دينه قبل رب العمل بطريق الحوالة :

تنص الفقرة الثالثة من المادة (٦٦٢) على أن :
" وحقوق المقاتلين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة ، مقدمة على حقوق من ينزل له المقاتل عن دينه قبل رب العمل " .
وهذه الفقرة تواجه الفرض الذى ينزل فيه المقاتل الأصلي عن حقه لدى رب العمل عن طريق حواله الحق، وتبين حقوق المقاتلين من الباطن والعمال المقرر لهم استعمال الدعوى المباشرة ، والامتياز في حالة توقيع الحجز .

وطبقا لهذه الفقرة يكون للمقاتولين من الباطن والعمال اقتضاء حقوقهم من المبالغ التي في ذمة رب العمل للمقاتل ولو كان هذا الأخير قد حول هذه المبالغ إلى غيره وأصبحت الحوالة نافذة في مواجهة الغير بإعلان رب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٥٣ وما بعدها .

العمل بها أو بثبوت تاريخ قبولها ، قبل إنذار رب العمل بالوفاء ، أو قبل توقيع الحجز^(١).

ويذهب الفقه إلى أن هذا التفسير هو الذى يستقيم مع المعنى المستفاد من إيراد هذا النص ، إذ لو كان المقصود به عدم نفاذ الحوالة الحاصلة بعد الإنذار أو الحجز ، لكان مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ولما كانت هناك حاجة إلى النص عليه صراحة ، كما أن مذكرة المشروع التمهيدى قد علقست على هذا النص بأنه يقر ما جرى عليه قضاء محاكم الاستئناف المختلطة . وبالرجوع إلى الأحكام التى أشارت إليها المذكرة وإلى غيرها نجد أنها تقر أن حقوق المفاوض من الباطن مقدمة عن حقوق خلفاء المفاوض السدى نزل عن دينه قبل رب العمل، بحيث لا يحتج عليه بهذا النزول أو هذه الحوالة ولو كان تاريخه سابقا على تاريخ الحجز^(٢).

أما إذا كان رب العمل قد أوفى المبالغ التى فى ذمته إلى المحال إليه فإنه يجب التفرقة بين حالتين :

الأولى : أن يكون هذا الوفاء قم تم قبل أن يوقع المفاوض من الباطن أو العمال الحجز تحت يد رب العمل على المبالغ المستحقة للمفاوض أو قبل أن ينذر رب العمل بعدم الوفاء بدين المفاوض، ففي هذه الحالة يكون الوفاء ميراثا لذمة رب العمل وساريا فى حق المفاوض من الباطن والعمال.

(١) الدكتور أحمد شوقى عبد الرحمن شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية

١٩٧٦ ص ٣٧ - الدكتور عبد الودود يحيى شرح قانون العمل ص ٢٣٠.

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٦٠ وما بعدها - السنهورى ص ٢٩٢ وما بعدها -

محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٥٥.

والثانية : أن يكون الوفاء لاحقا للحجز أو الإنذار فلا يسرى -
عندئذ- في حق المقاول من الباطن والعمال ، ويكون لهم استيفاء حقوقهم
قبل المقاول بما كان لهذا الأخير وقت الحجز أو الإنذار في ذمة رب العمل.
وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٠/٤/١٩٧٩ في الطعن رقم

٨١ لسنة ٤٣ ق بأن :

" إن النص في الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٢ من القانون المدني على أن :
" وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة
على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل " يقتضى أن
تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلي ناشئ عن عقد
المقاوله ، وألا يكون قد تم الوفاء به للمحال إليه . أما إذا كان هذا الأخير
قد اقتضى الحق المحال فعندئذ تجب التفرقة بين حالتين : (الأولى) أن يكون
هذا الوفاء قد تم قبل أن يوقع المقاول من الباطن الحجز تحت يد رب
العمل على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي وقبل أن ينذر المقاول من
الباطن رب العمل بعدم الوفاء بدين المقاول المذكور، ففي هذه الحالة يكون
الوفاء للمحال إليه ميراثا لذمة رب العمل وساريا في حق المقاول من الباطن،
والحالة الثانية أن يكون الوفاء لاحقا للحجز أو الإنذار فلا يسرى- عندئذ
- في حق المقاول من الباطن ، ويكون له- رغم ذلك- أن يستوفي حقه
قبل المقاول الأصلي بما كان لهذا الأخير وقت الحجز أو الإنذار في ذمة
رب العمل، ولو كان نزول المقاول الأصلي عن حقه للغير سابقا على
الحجز أو الإنذار " .

موضوع رقم (٧)

(انقضاء المقاولة)

١٦٤- النصوص القانونية :

المادة (٦٦٣) مدني :

" ١- لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعرض المفاوض عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

٢- على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المفاوض من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المفاوض قد اقتصد به من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر " .

المادة (٦٦٦) :

" ينقضي عقد المقاولة بموت المفاوض إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة ٦٦٣ إلا إذا لم تتوافر في ورثة المفاوض الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل " .

١٦٥- انقضاء المقاولة بأسباب عامة وأخرى خاصة :

تنقضى المقاولة إما بأسباب عامة ، وهى الأسباب التي تنقضى بها كافة العقود، وإما بأسباب خاصة ورد النص عليها بالمادتين ٦٦٣ ، ٦٦٦ مدني .

والأسباب العامة لانقضاء المقاولة هي :

١- تنفيذ العقد .

٢- انقضاء مدة العقد .

٣- استحالة تنفيذ المقاولة .

٤- فسخ المقاولة .

٥- التقايل من المقاولة .

والأسباب الخاصة لانقضاء المقاولة (سببان فقط) هما :

١- موت المفاوض إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد.

٢- الإرادة المنفردة لرب العمل .

ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلي .

(أولاً)

(الأسباب العامة لانقضاء عقد المقاولة)

١٦٦- أسباب خمسة لانقضاء عقد المقاولة :

تنقضى المقاولة بخمسة أسباب عامة هي :

١- تنفيذ العقد :

ينقضى عقد المقاولة بتنفيذ العقد ، وهو الانتهاء المألوف للعقد، حيث يقوم رب العمل بالوفاء بالتزاماته من تمكين المقاول من إنجاز العمل، وتسلمه بعد تنفيذه ، وأداء الأجر إلى المقاول، كما يقوم المقاول بتنفيذ التزاماته من إنجاز العمل وتسليمه لرب العمل. غير أن التزامه بالضمان يستمر بعد ذلك ، بالتفصيل الذى ذكرناه فى موضعه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن عقد استئجار الصانع لعمل معين ، بالمقاولة على العمل كله أو بأجرة معينة على حساب الزمن الذى يعمل فيه أو العمل الذى يقوم به ، يعتبر - بحسب الأصل - منتهيا - بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل بتسلم الشئ المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه إلخ " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/١/٥)

٢- انقضاء مدة العقد :

ينقضى عقد المقاولة بانتهاء مدة العقد ، وذلك فى الحالة التى يتفق فيها على مدة لعقد المقاولة ، وهذا يحدث فى المقاولات التى يكون محلها القيام بأداءات دورية لمدة معينة ، كما هو الحال فى مقاولات الصيانة، فإذا التزم

شخص بصيانة أجهزة كهربائية أو آلات ميكانيكية، بالكشف عليها في مواعيد دروية وتنظيفها، وإصلاح ما يتلف منها ، وتحديد لالتزامه هذا زمن معين كشهر أو سنة ، فإن انقضاء هذا الزمن يؤدي إلى انتهاء المقاولة، وهذا الانتهاء يكون مألوفاً .

غير أنه لا يوجد ما يمنع من تجديد المقاولة ، سواء صراحة باتفاق الطرفين على الالتزام بالصيانة لفترة أخرى ، أو ضمناً بأن يستمر المقاول في أداء عمله في مواعيد دورية، بعلم رب العمل، ودون اعتراض منه، ففي هذه الحالة الأخيرة يتجدد عقد المقاولة ضمناً بنفس شروط العقد السابق، ولكن لمدة غير محددة، فيكون لكل من طرفيه إنهائه في أى وقت .

فيسرى على تجديد عقد المقاولة ما يسرى على تجديد عقد الإيجار .

٣- استحالة تنفيذ العقد :

ينقضى عقد المقاولة باستحالة تنفيذه . وقد نصت على ذلك صراحة

المادة ٦٦٤ مدني بقولها :

" ينقضى عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه " .

ويعتبر هذا النص تطبيقاً للمادة ٣٧٣ التي نصت على القاعدة العامة في انقضاء الالتزام بقولها : " ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد له فيه " .

ومن أمثلة استحالة تنفيذ العقد على المقاول لسبب أجنبي أن يكون العمل رسمًا فنيا لا يقوم به إلا المقاول ثم أصيب بمرض أو حادث أفقده يده التي يرسم بها أو عينه التي يبصر بها أو كان العمل إجراء عملية

جراحية لا تحتل الإبطاء فأصيب الطبيب بمعرض مفاجئ يمنعه من إنجازها، أو كان العمل إقامة بناء من نوع معين من مواد البناء يستورد من الخارج، فقامت حرب عالمية أو أهلية منعت من استيراده، أو إقامة البناء ليكون جاهزا في تاريخ معين لإقامة معرض فقامت أسباب أجنبية يستحيل معها على المقاول إقامة قبل التاريخ المحدد . أو إذا كانت الأعمال تستلزم ترخيصا إداريا ، ولم يصدر الترخيص ، أو إذا كانت ملكية الأرض التي من المقرر أن يقام عليها العمل قد نزع^(١) . ففي كل هذه الأمثلة وأشباهاها ينقضى التزام المقاول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، وينقضى التزام رب العمل المقابل له ، وينفسخ عقد المقاولة عملا بالمادة ١٥٩ مدني تقضى بأن : " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " . وإذا انتهى عقد المقاولة بالانفساخ على نحو ما سلف ، فإن المقاول يستحق تعويضا ، ولكن هذا التعويض لا يكون على أساس عقد المقاولة لأن العقد قد انفسخ وانقضى بالتالي ، ولكن بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب .

وقد نصت على ذلك المادة (٦٦٧) مدني بصدد انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول وألحقت بالنص حالة صيرورة المقاول عاجزا عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه . إذ نصت على أن :

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٣٨ .

"١- إذا انقضى العقد بموت المفاوض ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات .

٢- ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضا عادلا .
٣- وتسرى هذا الأحكام إذا بدأ المفاوض فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب لا يد له فيه " .

وعلى ذلك فإن المفاوض فى الأمثلة السابقة والتى انفسخ فيها العقد يستحق تعويضا عادلا على أساس الإثراء بلا سبب وهو أقل القيمتين: قيمة ما أنفقه من ماله ووقته ، وقيمة ما استفاد به رب العمل .

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى للمادة ٦٦٤ مدنى (وكانت برقم ٨٨٢) يشتمل على فقرة ثانية تجرى على أن :

" وإذا كان التنفيذ قد استحال بسبب قهرى فلا يعرض المفاوض إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين فى المادة ٨٨٨ . أما إذا استحال بخطأ المفاوض فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكنه يكون مسئولاً عن خطئه وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل فإن أحكام المادة السابقة هى التى تسرى " إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت حذف هذه الفقرة " اكتفاء بالقواعد العامة " . والقواعد العامة تتفق مع ما ذهبنا إليه سلفا ^(١) .

ولا يعتبر إفلاس أحد المتعاقدين قوة قاهرة تمنع من التنفيذ، ومن ثم لا ينقضى عقد المقاولة بالإفلاس . بل يستمر تنفيذ العقد بواسطة أمين التفليسة . وإذا امتنع أمين التفليسة عن التنفيذ جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد مع التعويض . وإذا أفلس الما قول الذى قدم المادة قبل تسلم العمل فإن الشئ المصنوع يكون خاضعا لدعوى دائنيه، لأنه يكون ملكا له . فلا يستطيع رب العمل المطالبة باستحقاقه إياه ، ولو كان قد دفع مقدما مبلغا على الحساب ، وحتى لو كان قد دفع كل الثمن^(١) .

وبيع أحد المتعاقدين محل عمله أو توقفه عن مزاولة أعماله شأنه شأن الإفلاس ، لا يكون سببا فى انتهاء المقاولة .

وإذا كانت المقاولة تقتضى استخدام شئ للعمل فيه وهلك هذا الشئ بسبب أجنبى، فإن تبعة هذا الهلاك قبل تسليمه على الما قول، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها (م ٦٦٥ مدنى) .

٤- فسخ العقد :

يحوز لأى المتعاقدين طلب فسخ عقد المقاولة إذا أحل المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته، وفقا للقواعد العامة المقررة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين .

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٤٥ .

فإذا أخل الما قول بأحد التزاماته كأن لم ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها، أو حسب أصول الصناعة ، أو تأخر فى تسليم العمل ، أو ظهر عيب خفى واجب الضمان جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد .

وإذا أخل رب العمل بأحد التزاماته كامتناعه عن تمكين الما قول من إنجاز العمل أو عن تقبله أو تسليمه أو عن دفع أقساط الأجرة المستحقة... إلخ ، جاز للما قول أن يطلب فسخ العقد .

وكما أوضحنا سلفا أن القضاء بالفسخ يخضع لتقدير قاضى الموضوع، وهو غير ملزم بإجابة المتعاقد إليه .

ويترتب على فسخ عقد الما قولة انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ومن ثم لا يكون رجوع المضى له بالفسخ على المتعاقد الآخر إلا بدعوى الإثراء بلا سبب .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ١ - " تقدير كفاية الفسخ أو عدم كفايتها ونفى التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من شأن محكمة الموضوع ، ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سائغة . فإذا كانت المحكمة قد أقامت الواقعة التى استخلصتها على ما يقيمها، فإنها لا تكون بعد ملزمة بأن تتعقب كل حجة للخصم وترد عليها استقلالا ، لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها " .

٢- " الحكم بفسخ عقد المقاولة يبنى عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ولا يكون رجوع الما قول-الذى أخل بالتزامه - بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استنادا إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذى فسخ وأصبح لا يصلح أساسا لتقدير هذه القيمة. ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء بلا سبب وفقا للمادة ١٧٩ من القانون المدنى ، أن يلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى ، أى أنه يلتزم برد أقل قيمى الإثراء والافتقار، وكان تقدير قيمة الزيادة فى مال المثرى بسبب ما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أى وقت استحداث البناء ، بينما الوقت الذى يقدر فيه قيمة الافتقار هو وقت الحكم ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر والتزم فى تقدير قيمة مازاد فى مال المطعون عليه - رب العمل - بسبب ما استحدثه الطاعن - الما قول- من أعمال البناء ، الحدود الواردة على عقد المقاولة الذى قضى بفسخه، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ فى جلسة ١٧/٣/١٩٧٠)

٥- التقايل من العقد :

ينقضى عقد المقاولة إذا اتفق المتعاقدان على التقايل من العقد، أى التحلل من العقد بإرادتهما المشتركة . لأن العقد كما ينعقد بتلاقى إرادة الطرفين، يجوز التقايل منه بذات الإرادة .

وإذا سوى المتعاقدان حسابها مع التقايل وهو الغالب ، انتهى الأمر، أما إذا لم يتم ذلك، طبقت المبادئ العامة وأخصها مبدأ الإثراء بلا سبب.

(ثانيا)

(سببان خاصان لانتضاء عقد المقاولة)

(السبب الأول)

(تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة)

١٦٧- تخويل حق التحلل من عقد المقاولة لرب العمل وحده :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٦٣ - كما رأينا - على أن : " لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعرض الما قول عن جميع ما انفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " .

فقد حول النص رب العمل بإرادته المنفردة أن ينهى عقد المقاولة قبل تنفيذه ، ويعتبر هذا النص خروجاً على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين (م ١/١٤٧ مدني) .

والحكمة من هذا الاستثناء أن تنفيذ المقاولة كثيراً ما يستغرق زمناً طويلاً وأنه في الفترة ما بين إبرامها وإتمام التنفيذ ، قد تتغير الظروف .

فقد يفقد رب العمل ثروته كلها أو بعضها بحيث لا يستطيع أن يفي بأجر الما قول أو يصبح الوفاء بهذا الأجر مرهقاً له ، أو كأن تكون المقاولة متعلقة ببناء عمارة للاستغلال ثم يصدر تشريع يقيد الأجور فتصبح الصفقة غير رابحة ، أو قد ينتفى الغرض من العمل محل المقاولة فرعاية لجانب رب العمل ، ومنعاً لإجباره على بذل نفقات غير نافعة ، خوله المشرع سلطة التحلل من المقاولة بإرادته المنفردة. على أن يعرض الما قول ما تكلفه

من نفقات ، وما فاته من كسب ، وهذا خير له من المضي في عمل لا جدوى منه بعد إتمامه^(١).

ويسدو لأول وهله أن النص يقرر خروجاً على القواعد العامة إذ أنه يسمح لأحد طرفي عقد ملزم للجانبين ، أن يتحلل من عقد ملزم له طبقاً لقاعدة عامة أصيلة ، وراسخة هي أن : " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون" ولكن عند تأمل الجزاء المقرر على رب العمل لقاء تحله بإرادته المنفردة من هذا العقد، وهو تعويض المقاول عما تكبده من خسارة وما فاته من كسب، يبين أن ذلك يؤدي إلى أن رب العمل ، وقد أجاز له القانون التحلل من التنفيذ العيني قد ألزمه بالتنفيذ بطريق التعويض . فهو تعويض كامل بعنصره : ما تجشمه المقاول من خسارة وما فاته من كسب . هذا فضلاً عن أنه لا مصلحة في هذه الحالة للمقاول أن يطلب التنفيذ العيني الذي أقفل في وجهه . بل إنه إذا ثبت أن للمقاول مصلحة أدبية في إتمام المقابلة فإن القانون يسمح بتعويضه عنها طبقاً للقواعد العامة إذ قد تتأثر سمعة المقاول بعد التحلل كأن يكون عملاً فنياً له قيمته فالنص بهذه المثابة يؤدي في النهاية إلى أنه تطبيق للقواعد العامة بما يسائر طبيعة عقد المقابلة^(٢).

(١) محمد لبيب شنب ص ١٨٨ وما بعدها .

(٢) السنهوري ص ٣٠٤ وما بعدها - محمد عبد الرحيم عمر ص ٢٦٠ - قدرى

الشهاوى ص ٢٦٦ .

ويصل رأى فى الفقه إلى هذه النتيجة ذاتها عن طريق نظرية " الجحود المتبسر للعقد " فيذهب هذا الرأى إلى أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بتعويض الأضرار التى كان فى استطاعته أن يتوقاها ببذل جهد معقول (م ١/٢٢١)، فذلك يفرض عليه التزاما بتخفيف المضار، ووفقا لهذا الالتزام لا يجوز للمقاول أن يمحضى فى تنفيذ العمل بعد علمه بإصرار رب العمل على التحلل من العقد وجحوده له، وذلك إذا كان من شأن هذا الاستمرار أن يزيد فى الأضرار التى تصيبه ، فإن استمر فى التنفيذ رغم ذلك ، لم يحق له تقاضى تعويضا عن هذه الأضرار على أساس أنه كان فى وسعه توقعها^(١).

ولا ينال من الرأى السابق ما يذهب إليه البعض من أنه قد يكون للمقاول مصلحة فى الرجوع فى عقد المقاولة بإرادته المنفردة إذ قد يتبين أن المقاولة صفقة خاسرة بالنسبة له . ذلك أن وضع المسألة على هذا الوجه ليس صحيحا فحق الرجوع إنما أعطى لرب العمل ، لا لأنه قد يرى الصفقة خاسرة إذ هو سيدفع تعويضا كاملا فيبقى متحملا لكل الخسارة ، وإنما أعطى له حق الرجوع لأن إتمام العمل يهمه وحده دون

(١) محمد لبيب شنب فى مؤلفه شرح أحكام عقد المقاولة ص ١٨٩ - وفى بحثه الجحود المتبسر للعقد بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الثانية ص ٢٩٤ والسنة الثالثة ص ١٥١ وما بعدها .

المقاول . فإذا رأى لأسباب تصح عنده فلا مصلحة له في إتمام العمل وجاز له وقف تنفيذه ، ولا يحق للمقاول إجباره على إتمام التنفيذ إذ أعطاه القانون الحق في التعويض كاملاً^(١).

١٦٨- هل يملك أحد آخر إنهاء المقاولة بإرادته المنفردة ؟

الرخصة المقررة بالمادة ٦٦٣ مدق بالتحلل من عقد المقاولة بالإرادة المنفردة مხოلة لرب العمل وحده، فلا يجوز للمقاول استعمالها كما قررنا سلفاً .

وهذا الحق شخصى متروك لتقديره ، ومن ثم لا يجوز لدائنيه استعماله، لأن لا يجوز للدائن أن يستعمل الرخص المقررة لمدينه^(٢).

ولكن إذا عهد المقاول بالعمل إلى مقاول من الباطن، فإن المقاول الأصلي يعتبر رب عمل في علاقته بهذا الأخير ، وبالتالي يكون له الحق في إنهاء المقاولة من الباطن بإرادته المنفردة .

وينتقل هذا الحق من رب العمل إلى ورثته وإذا تعدد الورثة واستمر المقاول في إنجاز العمل شائعاً لحسابهم ، جاز لمن يملك أو لمن ينتظر أن يملك ثلاثة أرباع العمل أن ينهى العقد ، على أساس أن ذلك يعتبر تصرفاً في نتيجة العمل فتملكه الأغلبية المتقدمة وفقاً للمادة ٨٣٢ من القانون المدق التي تقرر " أن للشركاء الذى يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال

(١) السنهورى ص ٣٠٦ هامش (١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢١٦ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٣٧ .

الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية" ،
على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الورثة . ولمن يخالف ذلك من الأقلية حق
الرجوع إلى المحكمة في خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة أن
تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التحلل من المقاولة واجبا .

ويجوز كذلك للخلف الخاص أن يتحلل من المقاولة، كما إذا حول رب
العمل حقوقه الناشئة عن المقاولة إلى الغير، فإن الحال له يستطيع استعمال
رخصة الإنهاء بإرادته المنفردة.

أما إذا باع رب العمل الأرض التى يقام عليها البناء بعقد مقاولة ، فإن
مشتري الأرض لا ينتقل إليه عقد المقاولة إلا إذا اتفق على ذلك. وفى
حالة الاتفاق عليه جاز للمشتري ما كان يجوز للبائع باعتباره رب عمل
جديد حل محل رب العمل القديم .

١٦٩- شروط إنهاء رب العمل المقاولة بإرادته المنفردة :

يشترط لإنهاء رب العمل المقاولة بإرادته المنفردة توافر الشروط الآتية:

١- أن يظهر رب العمل إرادته في إنهاء المقاولة بإرادته المنفردة قبل
إتمام المقاولة . وطالما لم يتم العمل بعد ، فيستطيع رب العمل إنهاءها
بإرادته المنفردة أيا كانت المراحل التى قطعها المقاول في سبيل التنفيذ ، بل
ولو كان لم يبدأ هذا التنفيذ بعد .

ذلك أن الحكمة من تحويل رب العمل سلطة الإنهاء هى منع القيام
بسنفقات أو أعمال يراها غير مجدية ولا نافعة ، وقصر ما يجب عليه دفعه

للمقاول على النفقات التي صرفها فعلا وعلى الربح الذي كان يحققه لو أنه أتم العمل ، ولا تتوافر هذه الحكمة إذا كان المقاول قد أتم العمل فعلا ، وبالتالي كان قد أنفق كل ما هو ضروري لإنجاز العمل .

٢- أن يكون إنهاء رب العمل لعقد المقاولة راجعا إلى مشيئته هو ، لا إلى خطأ المقاول . ذلك أن المقاول إذا ارتكب خطأ فسيبيل رب العمل ليس التحلل من المقاولة بل طلب فسخها إذا كان هذا الخطأ يبرر الفسخ . وفي هذه الحالة يكون المقاول هو الملتزم بتعويض رب العمل عن الضرر الذي أصابه ، ولا يرجع المقاول على رب العمل بالتعويض المقرر في حالة التحلل ، بل يرجع عليه بمبدأ الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطه . هذا بالإضافة إلى حق رب العمل في طلب التنفيذ العيني ، وإصلاح الخطأ إلى جانب التعويض .

٣- ألا يكون المقاول قد اشترط على رب العمل عدم التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة . لأن حق رب العمل في التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة لا يتعلق بالنظام العام كما سئرى . ويجوز بالتالى الاتفاق على حرمان رب العمل منه . بل يجوز للمقاول الاتفاق على إلزام رب العمل بالمضى في تنفيذ العقد إلى أن يتم ؛ إذ قد تكون له مصلحة أدبية في إنجام العمل .

١٧٠- نطاق تحليل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة :

- ١- يستطيع رب العمل التحلل من العقد بإرادته المنفردة ، أيا كانت طبيعة العمل محل المقاولة ، فلا يشترط أن يكون العمل من طبيعة معينة، وبصفة خاصة لا يشترط أن يكون محل المقاولة إقامة بناء . فقد يكون محل المقاولة إقامة بناء أو أشغال نجارة أو سباكة أو نقاشة ، أو كشف طبي أو إجراء عملية جراحية أو إعطاء دروس خصوصية .
- ٢- يستوى أن تكون المقاولة بأجر إجمالي جزائي أو بأجر مقدر بسعر الوحدة . ذلك أن المادة ٦٦٣ مدني لم تفرق بين حالة وأخرى .
- ٣- يستوى أن يكون رب العمل هو الذي قدم المواد المستخدمة في العمل ، أم كان المقاول هو الذي قدم هذه المواد ، إذ جاء نص المادة ٦٦٣ مدني عاما ، فلا محل للفرقة بين حالة ما إذا كان المقاول يقتصر على تقديم عمله ، والحالة التي يقدم فيها فضلا عن ذلك المواد المستخدمة في إنجاز هذا العمل .
- ٤- لا يلزم رب العمل بإبداء أسباب لتحلله من المقاولة بإرادته المنفردة، فهو وحده الموكول إليه تقدير استعمال هذه الرخصة دون معقب عليه من محكمة الموضوع .

١٧١- إنهاء عقد المقاولة بالإرادة المنفردة رخصة لرب العمل :

إنهاء المقاولة والتحلل منها بإرادة رب العمل المنفردة رخصة لرب العمل، إن شاء استعملها وإن شاء أهملها، فإن استعملها فلا تثريب عليه، ولا يلزم بإبداء أسباب لاستعمال هذه الرخصة .

غير أنه إذا أثبت المفاوض أن رب العمل قد قصد من وراء هذا التحلل أن ينال من سمعته الأدبية وأن يشهر به بين الناس وبين أبناء مهنته ، كأن يكون رب العمل قد أعلن أنه تحلل من العقد لأن المفاوض سئ السمعة وغير خبير في عمله ، أو يهمل في تنفيذ التزاماته . جاز للمفاوض الرجوع عليه بتعويض طبقا للقواعد العامة المقررة في التعسف في استعمال الحق^(١).

١٧٢- كيفية إخطار رب العمل المفاوض بالتحلل من المقاولة :

نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٦٣ مدني على أن : " لرب العمل أن يتحلل من العقد إلخ " .

والتكليف القانوني للتحلل أنه تصرف قانوني من جانب واحد هو رب العمل، ويطبق عليه ما يطبق على التصرفات القانونية الأخرى كالهبة والوكالة .

ولم يحدد القانون شكلا معيناً يتم به الإخطار ، ومن ثم فإنه يجوز أن يكون بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه بعلم الوصول، أو بخطاب موصى عليه ، أو بخطاب عادي ، أو حتى شفاهة .

(١) محمد لبيب شنب ص ١٩٢ وما بعدها - السهوري ص ٣١٣ الهامش .

وإذ كان رب العمل هو الملمزم بإثبات حصول الإخطار ، فإن الإخطار يجب إثباته- طبقا للقواعد العامة- بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمة المقاول تزيد على خمسمائة جنيه . وإلا جاز الإثبات بالبينة والقرائن. وينتج الإخطار أثره أى يتم التحلل من المقاول بمجرد وصول الإخطار إلى علم المقاول طبقا للقواعد العامة المقررة في إنتاج الإرادة أثرها .

١٧٣- التعويض المستحق للمقاول بسبب التحلل من العقد :

رأينا أن المادة ٦٦٣ مدنى نصت على أن :

"١- لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه، على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أتم العمل .

٢- على أنه يجوز للمحكمة أن تخفف التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر " .

وعلى ذلك يشمل التعويض الذى يستحق للمقاول العناصر الآتية :

١- المصروفات التي أنفقها المقاول :

وتشمل جميع المصروفات التي أنفقها المقاول، ولو كانت مصروفات أولية لم تعد بأى نفع على رب العمل ، مادامت قد أنفقت وقت قيام العقد .

٢- قيمة ما أنجزه المقاول من أعمال :

يعوض المقاول عن جميع ما أنجزه من أعمال . ويدخل فى ذلك قيمة المواد التي قدمها وأجور العمال، وتقدر هذه القيمة على أساس ما تم من الأعمال إلى مجموع ما كان يلتزم به المقاول . فإذا كان المقاول أتم نصف العمل وكان الأجر المحدد للعمل كله ألف جنيه ، التزم رب العمل بأن يدفع له خمسمائة جنيه. غير أن رب العمل لا يلتزم إلا بقيمة الأعمال التي قام بها المقاول قبل علمه بتحلل رب العمل من المقابلة إلا إذا كانت هذه الأعمال ضرورية للمحافظة على ما تم من عمل ، فإذا كان العمل المعهود به إلى المقاول هو تغيير أو إصلاح شبكة الأسلاك الكهربائية الموجودة بمصنع معين ، وبعد أن كشف المقاول عن هذه الأسلاك صدر إليه أمر من رب العمل بالتوقف عنه ، فعلى المقاول فى هذه الحالة أن يعيد الحال إلى ما كانت عليه بتغطية هذه الأسلاك ، وله أن يطالب رب العمل بقيمة هذه التغطية ، لأن قيامه بذلك ليس بمجرد حق له ، بل هو واجب عليه^(١).

(١) محمد لبيب شنب ص ١٩٣ وما بعدها - فتحيه قره ص ٢٧١ وما بعدها .

أما ما عدا ذلك من الأعمال التي قام بها بعد علمه بإرادة رب العمل في السحلول من العقد ، فلا يرجع بها المقاول إلا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب ، أى بأقل القيمتين : ماصرفه فعلا وما عادم نفع على رب العمل .
وتجدر الإشارة إلى أن المقاول لا يجبر على تسليم المواد التي قدمها ، فإذا أراد الاحتفاظ بها جاز ذلك على ألا يتقاضى تعويضا عنها .

٣- قيمة ما كان المقاول يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل :

يجب تعويض المقاول عن " ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " .
فإذا كانت المقابلة مبرمة بأجر إجمالي ، فإن كسب المقاول يتحدد بالفرق بين قيمة هذا الأجر ، وقيمة النفقات اللازمة لتنفيذ العمل .
وتقدر هذه النفقات على أساس قيمتها عند إنهاء العقد . ولا يعتد بالتغيرات التي تطرأ بعد ذلك على أمان المواد وأجور العمال ، وبالتالي لا يستطيع رب العمل أن يتخلص من التزامه بتعويض المقاول عن الكسب الذي كان يحققه بحجة أنه لو أُلزم بإتمام العمل لما حقق كسبا بل لحقق خسارة بسبب ارتفاع الأمان والأجور ، وذلك لأن حق المقاول في التعويض ينشأ من يوم إنهاء العقد ، ولذلك يجب ألا ينظر في تقدير قيمة هذا التعويض إلا إلى ذلك الوقت .

(أنظر أيضا البند التالي) .

وإذا كان أجر المقاول مقدرا بسعر الوحدة ، فإن ربح كل وحدة

يكون هو الفرق بين الأجر المقدر لها والنفقات الفعلية التي ينفقها المقاول .

في صنعها ، ويكون مجموع الربح الذي فاتته هو الفرق مضاعفا بمقدار عدد الوحدات التي كانت مقدرة بموجب التصميم .

وإذا كانت كمية الأعمال غير محددة في العقد ، فإنه يمكن مع ذلك معرفة الحد الأدنى لهذه الأعمال ، فيدخل الربح المتوقع من ورائها في التعويض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الحكم الابتدائي إذ قضى بإلزام رب العمل بالتعويض قد أقام قضاءه على ما اتخذه المقاتل أساسا لدعواه من أن رب العمل قد فسخ العقد دون تقصير منه إذ هو (المقاتل) قد قام بما التزم به من استحضار العمال وأدوات البناء وشيد جزءا من البناء وأن رب العمل امتنع عن تنفيذ ما تعهد به من تقديم مواد البناء فضلا عن أنه استغنى عن عمله ووكّل البناء إلى غيره دون إنذار سابق أو تكليف له بالوفاء وكان الحكم الاستئنائي إذ قضى بإلغاء الحكم الابتدائي واقتصر على القضاء للمقاتل بأجر عما ألمه من بناء قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أن العقد لم يترتب للمقاتل في ذمة رب العمل تعويضا إذا امتنع هذا الأخير أو تأخر في تقديم مواد البناء - إن الحكم الاستئنائي إذ ند عن بحث أساس الدعوى على هذا النحو ولم يعن بالرد على ما أورده الحكم الابتدائي من أسباب كان قاصرا قصورا يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٢٠ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٩)

١- تعويض المفاوض عما يكون قد أصابه من ضرر أدبي :

يذهب الرأي الغالب في الفقه - وأيدته محكمة النقض - إلى أن رب
لعمل يلتزم بتعويض المفاوض عما يكون قد أصابه من ضرر أدبي .
إذ قد يكون للمفاوض مصلحة أدبية في إتمام العمل ، لأنه يفيد في سمعته
أو شهرته ، ومن ثم فإن عدم إتمام العمل يضر بهما .
ومثل ذلك إتمام فنان لوحة تعاقد عليها، أو إصدار مؤلف كتاب عهد
إليه بوضعه^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة ١/٦٦٣ من القانون المدني على أن : " لرب العمل أن
يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه على أن يعرض
المفاوض عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما
كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " . يدل على أن المشرع أجاز لرب
العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المفاوضة لأسباب قد تطرأ في الفترة
من الزمن التي لا بد أن تمضي بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه مقابل تعويض
المفاوض عما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب ولكن كان النص المشار
إليه لم يعرض صراحة لحق المفاوض في مطالبة رب العمل بتعويضه أدبيا عن

(١) السنهوري ص ٣١٦ - محمد لبيب شنب ص ١٩٥ وما بعدها - فتحيه قره ص
٢٧٣ - قدرى الشهاوى ص ٢٧٤ .

تحلله بإرادته المنفردة من عقد المقاولة، إلا أنه لم يجرمه من هذا الحق الذى تقرره القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٢ من القانون المدنى ومن ثم يحق للمقاوّل أن يطالب رب العمل الذى تحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة بتعويض عما أصابه من ضرر أدبى إذا تبين له أن ثمة مصلحة أدبية كانت تعود عليه فيما لو أتيحت له فرصة إتمام أعمال المقاولة " .

(طعن رقم ٣٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥)

١٧٤- جواز تخفيض التعويض المستحق للمقاوّل عما فاتّه من كسب:

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة (٦٦٣) مدنى بعد أجازت لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، أوجبت عليه أن يعوض المقاوّل عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة على أن :

" على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاوّل من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاوّل قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر " .

ويسين من هذا النص أنه يتضمن ثلاث حالات يجوز فيها للمحكمة

تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاوّل من كسب ، هى :

الحالة الأولى :

إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا :

فقد تقوم ظروف تجعل من العدل تخفيض المستحق عما فات المقاول من كسب ، مثال ذلك أن يتضح بعد أن وقف المقاول تنفيذ العمل وحسب الربح الذى فاته على أساس النفقات الفعلية التى صرفها فيما أممه من العمل ، أنه لو أتم العمل لكلفه الباقي منه نفقات أكبر لارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور العمال، ففي هذه الحالة يجوز للقاضى أن يخفض مقدار الربح الذى فات المقاول بما يتناسب مع ما ظهر من ارتفاع الأسعار والأجور .

وتخفيض التعويض فى هذه الحالة جوازى للقاضى .

الحالة الثانية :

ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد :

فالقاعدة أن المقاول يرجع على رب العمل بما أنفقته ، وليس بأكثر من ذلك، فإذا كان المقاول قد اقتصد من جراء عدم تنفيذ العقد أو عدم إتمامه شيئا ، فإنه يجب إنقاص ما اقتصده من قيمة التعويض ، ويدخل فى هذا تخفيض التعويض نظير عدم التزام المقاول بالضمان لأن العمل لم يتم ولم يسلم إلى رب العمل حتى يقوم الضمان .

والتخفيض فى هذه الحالة وجوبى على المحكمة .

الحالة الثالثة :

ما يكون المقاوّل قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر :

فعسدم إتمام المقاوّل العمل بسبب تحلل رب العمل منه لاشك قد أتاح للمقاوّل وقتاً يستطيع استخدامه في عمل آخر يدر عليه ربحاً، ومن ثم فإذا كان قد أتيح للمقاوّل التعاقد على إنجاز عمل آخر في المدة التي كانت مخصصة لإنجاز العمل الذي وقف تنفيذه، فإن ما حصل عليه المقاوّل من ربح من هذا العمل الجديد ، يجب أن يخصم من التعويض المستحق له قبل رب العمل الذي أنهى العقد .

بل إنه يجب نقص التعويض المستحق للمقاوّل ولو لم يكن قد استخدم وقته في عمل آخر، إذا كان ذلك ناشئاً عن إهماله وتقصيره في البحث عن عمل^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تمسك الطاعن بإعمال نص الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ من القانون المدني والتي تقضي بأن تنقص المحكمة من التعويض المستحق للمقاوّل ما يكون قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر هو دفاع قانوني يخالطه واقع وإذا كان الطاعن

(١) محمد لبيب شنب ص ١٩٥ .

لم يقدم ما يثبت أنه طرح هذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، فلا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

(طعن رقم ٣٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥)

١٧٥- عدم تعلق حق رب العمل في التحلل من المقاولة بالنظام العام:

حق رب العمل في التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة لا يتعلق بالنظام العام .

ومن ثم يجوز - كما ذكرنا سلفا- الاتفاق بين المتعاقدين على حرمان رب العمل منه ، بل يجوز للمقاول الاتفاق على إلزام رب العمل بالمضى في تنفيذ العقد إلى أن يتم ، إذ قد تكون له مصلحة أدبية في ذلك .

كما يجوز اتفاق المتعاقدين على حق رب العمل في التحلل من العقد بإرادته المنفردة ، دون دفع أى تعويض للمقاول ، أو دون دفع تعويض كامل، على أن يقتصر الأمر على دفع ما أثرى به على حساب المقاول .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل في عقد المقاولة أنه عقد لازم وأنه طبقا لنص المادة ٦٦٣ من القانون المدنى يجب على رب العمل إذا تحلل من العقد وأوقف التنفيذ قبل إتمامه أن يعرض المقاول، ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل المقرر لمصلحة المتعاقدين باتفاقهما على حق رب العمل في التحلل من تنفيذ العقد كله أو بعضه دون دفع تعويض للمقاول أو باتفاقهما على تحديد نطاق الإلزام

في جزء من العمل ليخرج الجزء الباقي عن نطاق الإلزام بالتنفيذ العيني أو بطريق التعويض، ويتعين إعمال هذه القواعد على التعاقد الذي يبرمه رب العمل مع المهندس المعماري باعتباره من عقود المقاولة " .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦)

(السبب الثانى)

(موت الما قول)

١٧٦. الأصل عدم انتهاء عقد الما قولة بموت الما قول :

رأينا أن المادة (٦٦٦) مدنى تنص على أن : " ينقضى عقد الما قولة بموت الما قول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ إلا إذا لم تتوافر فى ورثة الما قول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل " .

فالمما قولة عقد من العقود المالية ، ولذلك فالأصل أن شخصية كل من طرفيها ليست محل اعتبار فى التعاقد ، ومن ثم فإن الأصل أن المما قولة لا تنتهى بموت الما قول ، لأن كل ما يهم رب العمل أن يتم العمل وفقا للمواصفات المتفق عليها ، بصرف النظر عن من يقوم بهذا العمل ، ولذلك لم تكن شخصية الما قول محل اعتبار فى التعاقد بصفة عامة ، فإذا توفى وكان له ورثة يستطيعون القيام بتنفيذ العمل وفقا لما هو متفق عليه ، فلا يكون لرب العمل أن يتضرر من عدم إتمام التنفيذ بواسطة الما قول نفسه^(١) .

غير أن النص استثنى من هذا الأصل العام ، حالة ينقضى فيها عقد المما قولة بموت الما قول، وهى إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار . وهذا ما ستعرض له تفصيلا فى البند التالى .

(١) محمد ليبب شنب ص ١٨٢ وما بعدها .

١٧٧- انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد :

تنص المادة (٦٦٦ مدني) بأن ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه .

ولم يقصد المشرع بعبارة (مؤهلاته الشخصية) مجرد المؤهلات أو الشهادات الدراسية التي حصل عليها المقاول ، بل الصفات الشخصية للمقاول التي تكون ذات تأثير فيما يتعلق بحسن تنفيذه للعمل وفقاً لتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة. ومثل ذلك الشهادات الفنية الحاصل عليها المقاول والأعمال السابقة التي قام بتنفيذها وسمعة المقاول والمكانة التي وصل إليها في السوق، سواء من ناحية حرصه على الوفاء بالتزاماته المالية ، أو من ناحية دقته في تنفيذ الأعمال الفنية المعهود بها إليه وتخصص المقاول في نوع العمل المعهود به إليه. وبخاصة فيما قام به من قبل من أعمال تكسبه تجربة لا تتوافر لغيره^(١).

وكانت المادة (٨٨٧) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني (التي أصبحت برقم (٦٦١) تتضمن ثلاث فقرات (٢، ٣، ٤) تؤيد النظر المتقدم، غير أنها حذفت في لجنة المراجعة " لعدم الحاجة إليها " .

(١) محمد ليب شنب ص ١٨٤- محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٦٥ وما بعدها .

وكانت هذه الفقرات تنص على أن :

" ٢ - وتعتبر دائما شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد إذ أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهندسين أو مع أحد مهندسى المعمار ، أو مع أحد ممثلى هؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة .

٣ - وتفترض هذه الصفة فى العقود التى تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك .

٤ - وفى سائر الأحوال الأخرى ، وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق، لاصفات المقاول الشخصية ،هى التى كانت محل الاعتبار الأول فى التعاقد" (١).

ويستخلص من هذه الفقرات الثلاث أن رجال الفن كالرسامين والنحاتين والموسيقيين والمطربين، وأصحاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء والمحامين والمحاسبين، كل هؤلاء تعتبر مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار فى العقد . أما العمال والصناع، كالتقاشين والسباكين والنجارين والحدادين، فالأصل فيهم أن مؤهلاتهم الشخصية هى محل اعتبار فى التعاقد ، إلا إذا قام دليل أو عرف يقضى بغير ذلك ، كأن كان العمل محل المقابلة عملا بسيطا لا يقتضى مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٦٤ وما بعدها .

أى شخص فى الحرفة ، فعندئذ لا تكون موهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد.

وأما المقاولات الكبرى كالعمارات والمدارس والمستشفيات ، فهذه يقوم بها عادة مقاولون كبار لا يعتمدون على كفايتهم الفنية الشخصية بقدر ما يعتمدون على ما يتوافر عندهم من مهندسين فنيين وأدوات ومعدات ورعوس أموال بحيث تكون العبرة، لا بصفات المقاول الشخصية، بل بالمكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق. فهؤلاء لا تكون موهلاتهم الشخصية فى الغالب محل اعتبار فى التعاقد^(١).

وتقدير ما إذا كانت موهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد أم لا ، مسألة موضوعية، يفصل فيها القاضى على ضوء الظروف التى لا بست التعاقد ، وبصفة خاصة بالنظر إلى طبيعة العمل وهل هو عمل فنى دقيق يستدعى مقاولا متخصصا أم هو عمل عادى بسيط ، كذلك يجب النظر إلى قيمة هذا العمل من الناحية المالية وأهميته .

وفى كل ذلك يجب أن يحاول القاضى تبين نية المتعاقدين المشتركة فهى الأساس فى تقدير ما إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد^(٢).

(١) السنهورى ص ٣٢٥ وما بعدها - قدرى الشهاوى ص ٢٧٨ وما بعدها .

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٨٤ - فتحيه قره ص ٢٦٤ .

فإذا كانت المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار في التعاقد ، فإن
المقاولسة تنقضى بموته من تلقاء نفسها بحكم القانون ، دون حاجة لفسخ
العقد لا من ناحية رب العمل ولا من ناحية ورثة المقاول .

ويترتب على ذلك أنه يجوز لورثة المقاول التمسك بهذا الانقضاء .
وينطبق الحكم سواء اقتصر المقاول على تقديم عمله ، أم التزم فضلا عن
ذلك بتوريد المواد اللازمة للعمل ، أو كان الأجر جزافا أو بسعر الوحدة .
ولا يستطيع رب العمل إجبار ورثة المقاول على الاستمرار في التنفيذ ،
دون عقد جديد يرم بين رب العمل وورثة المقاول ، فيكون ذلك تعاقدًا
جديدًا لا علاقة له بالعقد الذى أبرمه المقاول المتوفى .

وإذا كان المقاول الأصلي قد عهد بالعمل إلى مقاول من الباطن ، فإن
وفاة المقاول من الباطن تنهى عقد المقاولة ، إذا كانت مؤهلاته الشخصية
محل اعتبار عند إبرام المقاولة من الباطن .

وإذا كان رب العمل قد عهد به إلى عدة مقاولين ليقوموا به متضامنين ،
دون تقسيم للعمل عليهم ، فإن وفاة أحدهم لا تنهى المقاولة إلا بالنسبة
لـه ، فيستمر العقد ملزما للجانين ، وذلك ما لم يكن مشروطا اجتماعهم
في تنفيذ العمل .

١٧٨- ما يسرى عليه حكم موت المقاول :

بعد أن تناولت المادة (٦٦٧) مدنى في فقرتيها الأولى والثانية أثر انقضاء
عقد المقاولة بموت المقاول أردفت في فقرتها الثالثة أنه :

" وتسرى هذه الأحكام أيضا إذا بدأ المفاوض في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب لا يد له فيه " .

فيلحق بأحكام موت المفاوض، حالة ما إذا بدأ المفاوض في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه بسبب لا يد له فيه ، أو إذا أصبح المفاوض عاجزا عن تنفيذ العمل ، بعد التعاقد على المفاوضة وقبل البدء في تنفيذها .

ومثل ذلك أن يصاب الرسام بعاهة في يده التي يرسم بها تعجزه عن الرسم ، أو يصاب الجراح بمرض يعجزه عن إجراء العملية المتعاقد عليها . وعلى ذلك يترتب على حالة العجز هذه انقضاء عقد المفاوضة .

١٧٩- حالة ما إذا لم تكن المؤهلات الشخصية للمفاوض محل اعتبار في المفاوضة :

تنص المادة (٦٦٦) مدني على أن : " فإن لم تكن محل اعتبار" المؤهلات الشخصية للمفاوض" فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة ٦٦٣ إلا إذا لم تتوافر في ورثة المفاوض الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل " .

وعلى ذلك إذا لم تكن المؤهلات الشخصية للمفاوض محل اعتبار في العقد - بالتفصيل الذي ذكرناه سلفا- فالأصل أن يستمر العقد من تلقاء نفسه . لأن كل ما يهم رب العمل أن يتم العمل وفقا للمواصفات المتفق عليها، بصرف النظر عن يقوم بهذا العمل ، ولذلك لم تكن شخصية

المقاول محل اعتبار في التعاقد . فإذا توفى المقاول وكان له ورثة يستطيعون القيام بتنفيذ العمل وفقا لما هو متفق عليه، فلا يكون لرب العمل أن يتضرر من عدم إتمام التنفيذ بواسطة المقاول نفسه .

ولذلك اشترطت المادة لاستمرار عقد المقاولة في هذه الحالة أن تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، فإذا لم تتوافر هذه الضمانات ، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ المقاولة بسبب وفاة المقاول، ولا يتقرر الفسخ إلا إذا قبله ورثة المقاول أو حكم به القضاء . وطالما لم يتقرر الفسخ بعد ، فالعقد قائم واجب النفاذ ، فلا ينتهي من تلقاء نفسه.

والمقصود بالضمانات الواجب توافرها لاستمرار عقد المقاولة مع الورثة ، الضمانات الكافية لتنفيذ الورثة العمل المتفق عليه بعقد المقاولة .

وأول هذه الضمانات أن يكون من بين الورثة من يحترف مهنة مورثه. ومنها أيضا أمانة الورثة ومؤهلاتهم وخبرتهم وقدرتهم المالية ، وبصفة عامة كل ما يبعث الطمأنينة في نفس رب العمل على أداء الورثة للعمل المتفق عليه. وتقدير توافر هذه الضمانات في الورثة من عدمه مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع ، وله إذا وجد أن الضمانات متوافرة ألا يقضى بالفسخ فيظل العقد مستمرا مع ورثة المقاول .

وإذا توافرت الضمانات الكافية لدى الورثة استمر العقد قائما وتنقل إليهم حقوق مورثهم كما تنتقل إليهم التزاماته في حدود تركته .

غير أن استمرار العقد بعد وفاة الما قول لا يمنع رب العمل من استعمال الرخصة المقررة له في المادة (٦٣٣) مدني بالتخلل من العقد ووقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه بإرادته المنفردة على أن يلتزم بالتعويض الذى أشرنا إليه فيما سلف .

وهذا ما نصت عليه المادة (٦٦٦) مدني في : "يها بقولها : "... ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ إلخ " .

١٨٠- آثار انقضاء المقاولة بموت الما قول :

يترتب على انقضاء المقاولة بموت الما قول، سواء من تلقاء نفسها لقيامها على اعتبار مؤهلات خاصة في شخص الما قول أو عن طريق الفسخ بناء على طلب ورثة الما قول أو رب العمل، أن الالتزامات التى أنشأها عقد المقاولة في جانب الطرفين تنتهى بانتهاء العقد .

فإذا كانت وفاة الما قول قبل أن يبدأ في تنفيذ العمل ، ودون أن يكون قد تعاقد على شراء شئ من الأدوات أو المواد اللازمة لإنجازه، فإن انقضاء المقاولة لا يثير أية صعوبة ، إذ يتخلل منها كل من رب العمل وورثة الما قول ، دون حاجة إلى تصفية لمركز كل منهما . وإذا كان رب العمل قد عمل جزءا من الأجر فإن له أن يسترده كاملا .

أما إذا كانت وفاة الما قول بعد أن بدأ الما قول في تنفيذ العمل بمواد قام بشرائها أو قدمها له رب العمل . فإنه يجب تطبيق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٦٦٧) مدني ، وهى تقضى بأن :

" إذا انقضى العقد بموت المَقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات " .

فالنص - فى حالة انقضاء العقد - يلزم رب العمل بأن يرد لورثة المَقاول أقل القيمتين : قيمة ما أنفقه المَقاول فى الأعمال التى أتمها أو مهد لها ، وقيمة ما أفاد به رب العمل من هذه الأعمال فالنص يطبق مبدأ الإثراء بلا سبب .

وعلى ذلك إذا كانت الأعمال والنفقات التى قام بها المَقاول لا فائدة منها لرب العمل ، كما لو كان لا يستطيع أحد إتمام هذه الأعمال بعد وفاة المَقاول فإن رب العمل لا يلتزم بدفع قيمتها للتركة .

كذلك إذا كان النفع الذى سيعود على رب العمل من هذه النفقات والأعمال أقل من قيمتها ، فإن رب العمل لا يلتزم بأن يدفع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما لو كان من الضرورى إعادة تنفيذ جزء مما أتمه المَقاول قبل وفاته ^(١) .

وإذا كان رب العمل هو الذى ورد المواد اللازمة للعمل ، ومات المَقاول قبل إتمام العمل ، فإن هذه المواد تظل مملوكة لرب العمل طوال المدة اللازمة لصنعها أو تحويلها ، ومن ثم كان لرب العمل استردادها ، ولكنه يلتزم

(١) محمد ليلى شنب ص ١٨٧ .

بأن يدفع لتركة المقاول قيمة العمل الذى قام به ، وذلك إذا كان العمل الذى قام به المقاول نافعا له ، بأن كان من الممكن أن يعهد إلى مقاول آخر بإتمامه .

أما إذا كان لا يمكن ذلك فإنه لا يلتزم بشئ .
وإذا لم يكن أجر المقاول محددًا بالعقد ، فإنه يقدر طبقا لما تقضى به المادة ٦٥٩ مدنى التى تجرى على أنه: إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاولة ، وقد سبق أن أوضحنا ذلك تفصيلا .

ويقدر قيمة ما أنجزه المقاول على هذا الأساس .
وإذا كان المقاول هو الذى ورد المادة ، كما لو كان نجارا اتفق معه على صنع أثاث ، فاشترى المقاول الخشب ووضع الرسوم اللازمة وبذل نفقات فى التمهيد للعمل وأنجز بعضا منه ، فإن القواعد العامة تقضى بأن هذه المواد تظل مملوكة للمقاول مدة العمل ، وتنتقل بعد وفاته إلى ورثته ، على ألا يرجعوا بشئ على رب العمل . غير أن الفقرة الثانية من المادة (٦٦٧) مدنى خرجت على هذه القواعد ، وأجازت لرب العمل أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضا عادلا على النحو الذى يبينه فيما سلف .

١٨١- عدم انقضاء عقد المقاولة بموت رب العمل :

ذكرنا سلفا أن المقاولة عقد من العقود المالية ، ولذلك فالأصل أن شخصية كل من طرفيها ليست محل اعتبار فى التعاقد ، ويصدق ذلك

على رب العمل ، فشخصيته لا يكون لها عادة اعتبار في التعاقد ، وبالتالي فإن موته لا يترتب عليه انقضاء عقد المقاولة ، بل يظل العقد قائما بين الما قول وورثة رب العمل ، باعتبارهم خلفا عاما لرب العمل فتنتقل إليهم حقوق رب العمل قبل الما قول وتنتقل إليهم التزاماته غير أن التزام الورثة بدفع الأجر للما قول إنما يكون في حدود ما آل إليهم من تركة ، ويصبحون مالكيين للعمل محل المقاولة على الشيوع بعد إتمامه كل بقدر حصته .

ويؤول إلى هؤلاء الورثة ، الحق الذي كان مقررا لمورثهم في المادة ٦٦٣ مدني ، وهو التحلل من عقد المقاولة بإرائهم المنفردة على أن يعوضوا الما قول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل بالتفصيل الذي ذكرناه سلفا في موضعه .

ويجب على الورثة اتباع حكم المادة ٨٢٩ مدني في هذا الشأن ، فيجب أن يكون قرارهم بالتحلل من عقد المقاولة ممن يملك على الأقل ثلاثة أرباع التركة مستندي في ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الورثة . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة عند الرجوع إليها أن تقرر تبعا للظروف ما إذا كان التحلل من المقاولة واجبا أم لا ^(١) .

(بعض أنواع المقاولات)
(أولا)
(عقد التزام المرافق العامة)

موضوع رقم (٨)

(دراسة تمهيدية عن المرافق العامة)

١٨٢- تعريف المرفق العام :

يعرف البعض المرفق العام بأنه نشاط تتولاه هيئة عامة بقصد تحقيق النفع العام ، أو أنه كل نشاط تقوم به الإدارة لصالح الأفراد . وهذا التعريف يستند إلى أساس موضوعي، يوجد في طبيعة النشاط **activité** ذاته الذي يتولاه المرفق^(١).

بينما يعرفه البعض بأنه منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة وتخضع في إدراتها لإدارة هذه السلطة بقصد تحقيق حاجات عامة .

وهذا التعريف يستند إلى أساس عضوي فيجد المرفق في فكرة المنظمة (**organisme**) أو الهيئة التي تتولى النشاط .

وعلى ذلك إذا ما ذكر تعبير " مرفق التعليم " أو " مرفق الدفاع " عند أصحاب الأساس الموضوعي، عنوا بذلك خدمة التعليم أو خدمة الدفاع، بينما يعنى أصحاب الأساس العضوي الإدارة أو الجهاز القائم على إدارة النشاط التعليمي أو الدفاعي ، أى جهاز التعليم أو جهاز الدفاع .

وجدير بالذكر أن المعنيين : الموضوعي والعضوي للمرفق العام غالباً، ما يتطابقان ، وذلك حين يعهد بالنشاط الذى يستهدف إشباع حاجة عامة إلى جهة عامة تقوم به . فيكون حينئذ المعنيان واجهتين لعملة واحدة.

(١) الدكتور محمد فواد مهنا مبادئ وأحكام القانون الإدارى ١٩٧٣ ص ٥٨٣ -
الدكتور سليمان محمد الطماوى الوجيز فى القانون الإدارى ١٩٨١ ص ٢٨٦ .

ويطلق تعبير المرفق العام على النشاط وعلى الهيئات القائمة به .
غير أن هذا التطابق لا يتحقق حتما ، إذ قد يوجد مرفق عام بالمعنى الموضوعي " نشاط عام " ، ولا يقوم به مرفق عام بالمعنى العضوي ، حيث لا يوجد هيئة عامة أو جهاز عام يقوم بإدارة النشاط . ومن أمثلة ذلك التزام المرافق العامة ، إذ تستطيع الدولة أن تعهد بإدارة نشاط عام إلى أحد أشخاص القانون الخاص فردا أو شركة بدلا من أن تعهد به إلى هيئة عامة . وبالعكس قد يوجد أيضا مرفق عام بالمعنى العضوي يقوم بنشاط لا يعتبر مرفقا عاما بالمعنى الموضوعي . ومن قبيل ذلك قيام الدولة باستثمار أموالها الخاصة ، أى تلك التى لا تكون مخصصة للمنفعة العامة ، فهذا النشاط لا يعتبر لدى فقهاء القانون الإدارى نشاطا مرفقيا ، لأنه لا يهدف إلى إشباع حاجة عامة ، وتلجأ الدولة فى شأن إدارته إلى أساليب القانون الخاص ^(١).

على أن المسلم به فى رأى جمهور الفقهاء أن اصطلاح " مرفق عام " يشمل المنظمة والنشاط بمعنى أن كلا من المنظمة والنشاط يعتبر مرفقا عاما إذا توافرت فيه العناصر المميزة للمرافق العامة ^(٢)، حتى أن البعض من هذا

(١) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا والدكتور حسين عصمان محمد أصول القانون الإدارى ١٩٨٦ ص ٢٩٦ وما بعدها .

(٢) الدكتور عمود حلمى نشاط الإدارى ١٩٦٧ ص ٤٥ - محمد فؤاد مهنا ص ٥٨٤ .

الفقه قد استعمل في تعريف المرفق العام تعبير المشروع ليحل معنى المنظمة والنشاط معا .

فعرف المرافق العامة بأنها : " مشروعات تنشئها الدولة بقصد تحقيق غرض من أغراض النفع العام ، ويكون الرأي الأعلى في إدارتها للسلطة العامة .

وعرفه البعض الآخر بأنه : نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عاды تحت توجيه الإدارة ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور .

وبهذا الرأي ألفت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة فقد جاء بفتاها رقم ١٧٨ بتاريخ ١٦/٥/١٩٥٤ بأن :

" إنه وإن كانت فكرة المرفق العام غير محددة تحديدا واضحا وليس لها تعريف جامع مانع . إلا أن العنصر الأساس فيها هو ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشروع إلى أدائها وتقوم بها الحكومة مباشرة أو يقوم بها ملتزم تحت إشراف السلطة الإدارية المختصة في نطاق القانون العام . والمرجع في توفر صفة المرفق العام في المشروع أو عدم توافرها فيه إلى الظروف المحيطة به ، والقواعد التي تضعها السلطة العامة لتنفيذه والقيام به والإشراف عليه ، مع الاستهداف بقصد الدولة القوامه أصلا على المرافق العامة " .

١٨٢- خصائص المرفق العام :

١- يجب أن يكون المرفق العام من إنشاء الدولة :

ومعنى ذلك أن الدولة هى التى تقرر اعتبار نشاط أو مشروع ما مرفقا عاما ، وتقرر خضوعه لأحكام وقواعد المرافق العامة . ويكون إنشاء المرفق بقرار جمهورى ، ويكون من باب أولى بقانون .

ولا يشترط أن تكون الدولة بنفسها هى التى تنشئ وتدير المرفق العام، فمن الجائز أن ينظم المرفق العام ويديره ما يتفرع عن الدولة من مؤسسات عامة أو إحدى وحدات الإدارة المحلية كالمحافظات والمدن والأحياء والقرى. وعلى ذلك فالمشروع الذى يديره أفراد أو شركات أو جمعيات لا يكون مرفقا عاما ولو كان ذا نفع عام . كما هى الحال فى الجمعيات الخيرية والمدارس الحرة والمستشفيات الخاصة . وكذلك العكس صحيح فلا يكون المشروع الذى تديره الدولة مرفقا عاما إذا لم يكن ذا نفع عام^(١).

غير أن هذا لا يعنى أن الأفراد لا يشتركون إطلاقا فى أداء هذه الخدمة. بل على العكس من ذلك كثيرا ما تعهد الدولة إلى أفراد عاديين بإدارة مرفق عام كما فى حالة امتياز المرافق العامة - كما سنرى - ويظل المرفق محتفظا بصفة العمومية ، لأن الدولة تظل محتفظة بالإشراف التام على تلك المشروعات بحيث يكون لها الكلمة الأخيرة فيما يتعلق بتنظيمها وإدارتها.

(١) السهنورى ص ٣٤٠ .

٢- يجب أن يكون المرفق العام بقصد تحقيق خدمة عامة :

ذلك أن كل مرفق عام إنما يقوم أساسا على إشباع حاجة عامة أو

أداء خدمة عامة .

وتشمل هذه الخدمات ما يشبع حاجات الأفراد المادية والمعنوية ومن قبيل الخدمات المادية توريد المياه والكهرباء وتنظيم وسائل المواصلات . ومن قبيل الخدمات المعنوية التي تحقق النفع للجمهور بطريق غير مباشر خدمة الأمن وخدمة الدفاع وخدمة التوجيه المهني .

وهذه الخدمة العامة تكون عادة على قدر من الأهمية وإلا تركت للمشروعات الفردية ، أو كما يقول العلامة دوجي أنها " أنواع النشاط والخدمات التي يقدر الرأي العام في وقت من الأوقات ، وفي دولة معينة، أن على الحكام القيام بها، نظرا لأهمية هذه الخدمات للجماعة، ولعدم إمكان تأديتها على الوجه الأكمل بدون تدخل الحكام " ، غير أن تدخل الدولة المتزايد في المجالات التي كانت متروكة للأفراد ، قد جعل تقدير أهمية الخدمات التي يجب إشباعها عن طريق المرافق العامة، متروكا لترخيص الإدارة، ممارسه تحت رقابة السلطات السياسية .

ومن ثم لم يعد من المجدى القول بأن الخدمة التي توديتها الدولة للأفراد عن طريق المرافق العامة هي الخدمة التي يعجز الأفراد بوسائلهم الخاصة عن إشباعها ، لأن الدولة قد ترى - لسبب أو لآخر - التدخل في مجال

معين يستطيع الأفراد مزاولة نشاطهم فيه بكفاية تامة ، كما هو الشأن في معظم المرافق الاقتصادية والتجارية^(١).

٣- يجب ألا يكون المقصود أساسا من المرفق العام هو الحصول على الربح :

ذلك أن الغرض الأساس من المرفق العام هو تحقيق خدمات عامة ، ومن ثم لا يقصد من المرفق الربح بصفة أساسية . وتكون القاعدة هي المجانية في الإفادة بخدمات المرفق الذي تقوم به الدولة . غير أن هذا المبدأ لا يعنى المجانية المطلقة إذ تستطيع الدولة تعليق حق الجمهور في الإفادة بخدمات المرفق على دفع رسوم زهيدة ، دون أن يعتبر ذلك إخلالا بمبدأ مجانية المنفعة العامة . لأن فرض هذه الرسوم يكون الغرض منه في كثير من الحالات توزيع الأعباء العامة على الجمهور ومساهمة منه في تمويل المرفق. ومثال ذلك دفع قيمة طابع البريد ودفع رسم اشتراك الهاتف حيثما يتم الانتفاع بخدمة هذين المرفقين^(٢).

٤- خضوع المرافق العامة لبعض القواعد القانونية الموحدة :

كل مرفق عام يخضع لقدر معين من القواعد القانونية تحكم سيره. فالمرافق العامة ليست كلها على نمط واحد، كما أنها لاتتدار بنفس الطريقة،

(١) الدكتور سليمان الطماوى ص ٢٨٧ .

(٢) إبراهيم شيحا ، حسين عصمان ص ٣٠٢ وما بعدها .

ولكن يجمع بينها بعض القواعد القانونية ، تطبق عليها جميعا أيا كان شكلها أو طريقة إدارتها^(١).

وتسرى على هذه المرافق قواعد خاصة بها ليست هى قواعد القانون المدنى بل قواعد القانون الإدارى ، فتتظم هذه القواعد الخاصة مركز عمال المرافق ، وهذا المركز ليس مركزا تعاقديا بل هو مركز تنظيمى. وتنظم أيضا الأموال المخصصة لسير المرافق ، فلا تكون أموالا خاصة بل أموالا عامة . وتنظم كذلك الأعمال والعقود اللازمة لإدارة المرفق . فتكون الأعمال أوامر إدارية وتكون العقود عقودا إدارية ، ولهذا وتلك قواعد إدارية تختلف عن قواعد القانون المدنى. وتنظم أخيرا علاقة المرافق بالمنتفعين من الجمهور بوجه عام ، فتعين حقوق المنتفعين وواجباتهم ، وترسم شروط مسئولية المرافق عن أعمالها الضارة بالغير .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" ومن حيث إن المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن العقد الإدارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهيريته فى الأخذ بأسلوب القانون العام. وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص، وأنه من المسلم به فى فقه القانون الإدارى أن اختيار جهة الإدارة لوسائل

(١) سليمان الطماوى ص ٢٨٨ .

القانون العام هو الشرط الفاصل في تمييز العقود الإدارية، ذلك أن اتصال العقد الذى ترمه الإدارة بالمرقى العام إذا كان شرطاً لازماً لكى يصبح العقد إدارياً ، فإنه لا يكفى بذاته لكى يضى على العقد تلك الصفة، وبهذه المشابة فإن العقد يتسم بطابع العقود الإدارية ومن أمثلة الشروط الاستثنائية أن يتضمن العقد شروطاً تخول للجهة الإدارية الحق فى تعديل التزامات المتعاقد معها وسلطة إنهاء التعاقد بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضاء الطرف الآخر ، كما أنه من أمثلة الشروط الغير مألوفة حق الجهة الإدارية فى تغيير طريقة التنفيذ وحقها فى توقيع العقوبات على المتعاقد معها دون حاجة إلى وقوع ضرر أو الالتجاء إلى القضاء . وإذا لم يتضمن العقد شروطاً استثنائية فإنه لا مناص من خضوعه لأحكام القانون الخاص، إذ ينتفى عنه عندئذ وصف العقد الإدارى " .

(طعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٤)

١٨٤- أنواع المرافق العامة :

كان تدخل الدولة فى إنشاء وإدارة المرافق العامة ضئيلاً فى أول الأمر، ثم أخذ يزداد شيئاً فشيئاً حتى أصبح الآن يتناول معظم المجال الذى كان متروكاً لنشاط الأفراد .

وقد أشارت إلى هذا محكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر

بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٠ (السنة ١١ ص ٥٧٣) بقولها :

"... ولم تعد المرافق العامة محصورة في نطاقها التقليدي وهو النطاق الإداري الضيق الذي كان مألوفاً في القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، ذلك أن حاجات الأفراد أخذت تنمو وتتجدد كلما تقدمت الجماعة في طريق الحضارة . وقد اقتضى ذلك إنشاء مرافق مختلفة النظم والأغراض لسد هذه الحاجات المختلفة ومنها حاجات اقتصادية وأخرى ثقافية وصحية واجتماعية فرضت على الدولة أن تتجاوز ميدان نشاطها الإداري إلى البحث عن ميادين أخرى كانت وقفاً على النشاط الفردي"

و يمكن تقسيم المرافق العامة أقساماً متعددة بحسب الزاوية التي ننظر منها إليها ، ونعرض لأهم التقسيمات فيما يلي :

١ - المرافق الإدارية (Les services publics Administratifs) :

هي المرافق التي يتسم نشاطها بالطابع الإداري البحث كمرفق الدفاع الخارجي ومرفق الأمن الداخلي ومرفق التعليم ومرفق الصحة . وتتميز هذه المرافق بأنها تؤدي نشاطاً مما يدخل في صميم وظيفة الدولة ، ويعجز الأفراد والهيئات الخاصة عن القيام به ، أو لا يجدون مصلحة في مباشرته . وتستخدم الدولة في مباشرة هذا النشاط وسائل القانون العام، وقد تستخدم في إدارة هذه المرافق وسائل القانون الخاص على سبيل الاستثناء.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" يبين من الاطلاع على العقد المبرم بين الهيئة المدعية والمدعى عليها - وهو العقد محل النزاع - أنه قصد به تسيير مرفق عام هو مرفق العلاج فهو عقد تقدم خدمات لمرفق عام إذ تلتزم بموجبه المدعى عليها لقاء تحمل الهيئة بنفقات تعليمها وإيوائها أن تلتحق بخدمة مستشفائها لمدة الخمس السنوات التالية لإتمام دراستها . وهذا الشرط في حد ذاته يعد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص وبالتالي فإن العقد يكون قد اتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمن من شروط استثنائية وبهذه المثابة تدخل المنازعة المتعلقة به في دائرة اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري " .

(طعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠)

٢- المرافق الاقتصادية الصناعية والتجارية (Les services Industriels et commerciaux) :

وهي التي تقوم على أساس مزاوله نشاط من جنس نشاط الأفراد والهيئات الخاصة . ومن أمثلة ذلك مرفق النقل بالسكك الحديدية ومرفق المياه والكهرباء والغاز والتجارة الخارجية والبنوك وهذا المرافق لا تخضع فقط لقواعد القانون العام ، بل تخضع في جانب من نشاطها لأحكام وقواعد القانون الخاص، وبصفة خاصة فيما يتعلق بالنواحي المالية وطرق الإدارة .

وقد استقر القضاء على أن العلاقة بين ملتزمى هذه المرافق والجمهور الذى ينتفع بخدمات المرافق المذكورة علاقة مدنية، أى يحكمها عقد مدنى، وتخضع المنازعة فى شأنه لاختصاص القضاء العادى .

(انظر حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٧ لسنة ١ قضائية "تنازع" جلسة ١٩ يناير سنة ١٩٨٠) .

(وفتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٤٠٣ فى ١١/٤/١٩٩٠ جلسة ٢١/٣/١٩٩٠) .
(منشوران بند ٢٠٥) .

٣- المرافق القومية والمرافق الإقليمية والمرافق البلدية :

تنقسم المرافق العامة إلى مرافق قومية ومرافق إقليمية ومرافق بلدية .
فالمرافق القومية مرافق تؤدي الخدمات العامة أو تسد الحاجات العامة لجميع السكان دون أن تحصر فى إقليم معين . كمرق الدفاع والأمن والمواصلات القومية والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية . كل هذه المرافق قومية تمتد إلى جميع أنحاء البلاد ولا يختص بها إقليم دون إقليم .

أما المرافق العامة الإقليمية أو البلدية فهى المرافق التى يقصد بها سد حاجات مشتركة ومنافع معينة لسكان إقليم معين أو بلدة معينة ، وهى تتبع عادة وحدات الإدارة المحلية ومن أمثلة ذلك : مرقق النقل الداخلى، ومشروعات المطافئ ، والنظافة والمياه والغاز والكهرباء .

وقد توجد مرافق إقليمية تهتم بلدة معينة أو إقليم محدد، وقد توجد مرافق إقليمية تهتم أكثر من بلدة أو إقليم كمشروعات النقل المشترك بين عدة محافظات .

وللتمييز بين المرافق العامة القومية والمرافق العامة الإقليمية أو البلدية أهمية عملية ، خاصة فيما يتعلق بالمسؤولية عن الأفعال الضارة إذ تسأل الدولة عن الأضرار التي تسببها المرافق القومية كمرافق الشرطة وتسأل المحليات عن الأضرار التي تسببها المرافق الإقليمية .

٤- المرافق النقابية أو المهنية :

ظهر هذا النوع من المرافق العامة وانتشر عقب الحرب العالمية الثانية . وهو يرمى إلى تنظيم المهن الرئيسية في الدولة عن طريق أبناء المهنة أنفسهم . فهذه المرافق يتعلق نشاطها برقابة وتوجيه النشاط المهني مثل نقابة المحامين ونقابة الأطباء ونقابة الصيادلة ونقابة المهندسين إلخ . وهذه المرافق تديرها نقابات من أبناء المهنة ويخولها القانون بعض السلطات والامتيازات تتعلق بمزاولة المهنة والحفاظة على حقوق المشتغلين فيها .

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٢/٤/١٩٥٨ فى الطعن رقم ٦٠٨ لسنة ٣ ق بأن :

" إن تنظيم المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسة (وهي مرافق عامة) مما يدخل أصلا فى صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامة على المصالح

والمرافق العامة. فإذا رأت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم لأنهم أقدر عليه مع تحويلهم نصيبا من السلطة العامة يستعينون به على تأدية رسالتهم مع الاحتفاظ بحقها في الإشراف والرقابة تحقيقا للصالح العام . فإن ذلك لا يغير من التكيف القانوني لهذه المهن بوصفها مرافق عامة " .

وهذه المرافق النقابية أو المهنية تقوم على عناصر ثلاثة :

(أ) - أن هذه المرافق تتخذ شكلا نقابيا يشرف على إدارتها مجالس يتم انتخابها من أبناء المهنة .

(ب) - أن انضمام أبناء المهنة إلى هذه النقابات يكون بصفة إجبارية وذلك على خلاف المنظمات العمالية التي يكون الانضمام إليها اختياريا ، باعتبارها من أشخاص القانون الخاص .

٣- أن هذه النقابات تمثل المهنة لدى الدولة وغيرها من الهيئات العامة، كما يناط بهذه النقابات الإشراف على نظام المهنة ولذلك يخولها القانون إصدار قرارات إدارية، فردية ولائحية، وتتضمن القرارات اللائحية بصفة خاصة القواعد المنظمة لممارسة المهنة والتي يتعين على أعضاء النقابة مراعاتها والالتزام بها ويخولها مراقبة دخول الأعضاء إلى المهنة عن طريق القيد في جداول العضوية. وعن هذا الطريق تتحقق النقابة من توافر شروط الصلاحية المهنية والخلقية في كل عضو جديد يريد أن يمارس المهنة .

ولمنا حق توقيع جزاءات تأديبية على كل عضو يخالف قواعد تنظيم المهنة .

ويترتب على كون هذه النقابات تمارس نشاطا مما يدخل أصلا في صميم وظيفة الدولة أن تملك هذه الأخيرة ، الحق في ممارسة سلطة وصائية على أعمالها ضمانا للصالح العام^(١) .

٥- المرافق التي لها شخصية معنوية والمرافق التي ليس لها شخصية معنوية :
يلحق المرفق عادة بأحد الأشخاص الإدارية يشرف على إدارته ويكون مسئولاً عنه. فإذا كان المرفق العام قومياً كمرفق الشرطة أو السكك الحديدية ... إلخ ألحق بالدولة مباشرة . وإذا كان مرفقاً إقليمياً أو بلدياً كالأمنلة التي سردناها سلفاً ، ألحق بالمحافظة أو المدينة ... إلخ ومعنى هذا أن المرفق في هذه الحالة لا تكون له شخصية قانونية متميزة عن الشخص الاعتباري الذي يتبعه . ومعظم المرافق العامة من هذا القبيل أى محرومة من الشخصية الاعتبارية . والمرافق القومية موزعة بين الوزارات المختلفة ، فيلحق كل مرفق منها بالوزارة التي يكون نشاطها من جنس نشاطه ولهذا كثيراً ما يقوم نزاع بين وزارتين أو أكثر حول تبعية مرفق من المرافق . ومثل هذا النزاع يحل عادة باتفاق الوزراء المختصين أو بقرار جمهوري استناداً إلى

(١) إبراهيم شيجا وحسين عصمان ص ٣٣٢ وما بعدها - الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط القانون الإداري ص ٣٣ وما بعدها .

اختصاص رئيس الجمهورية فيما يتعلق بترتيب المرافق العامة . غير أن العمل قد جرى على أن تمنح الشخصية المعنوية لبعض المرافق العامة، نظرا لاعتبارات خاصة. فيكون لها ذاتيتها المستقلة ، وتكون شخصا إداريا قائما بجوار الأشخاص الإدارية الأخرى ، وهى الدولة والمحافظة والمركز والمدينة والحى والقرية وحينئذ تكسب - كقاعدة عامة - اسما جديدا هو "الهيئة العامة " .

٦- المرافق الإلزامية والمرافق الاختيارية :

تنقسم المرافق من حيث وجوب إنشائها إلى مرافق إلزامية واختيارية . وتمثل الأولى فى تلك التى يكون إنشاؤها بالنسبة للدولة أمرا إلزاميا، ويتعين عليها القيام بها كالمرافق التقليدية (الأمن - الدفاع - الصحة.... إلخ) أما المرافق الاختيارية فهى التى أشار إليها الدستور فى عبارات عامة تحمل معنى السياسة العامة والتوجيه . فهى اختيارية تقوم الدولة بإنشائها وفقا لتقديرها وفى الوقت الذى تراه ملائما لذلك كحماية الطفولة والأمومة ورعاية النشء والشباب .

أهم المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة

هناك مبادئ عامة تحكم سير المرافق العامة .

وهذه المبادئ قد ألفها الفقه واستقر عليها القضاء ، وهي تخلص في

ثلاثة هي :

- ١- مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد .
 - ٢- قاعدة مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة .
 - ٣- قابلية نظام المرافق العامة للتغييرات والتعديلات في أى وقت .
- ونعرض لهذه المبادئ بإيجاز فيما يلى .

١٨٥- أولاً : مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد :

نقطة البدء في المرفق العام أنه يودى خدمات أساسية للأفراد يتوقف عليها إلى حد كبير تنظيم أحوال معيشتهم ، وذلك يقتضى ألا يكون هناك ما يعوق أو يشل حركة هذه المرافق في أداء عملها وسير نشاطها ، ويكفى تصور مدى الاضطراب والفوضى التى تصيب حياة الأفراد إذا انقطع التيار الكهربائ لمدة طويلة أو تعطلت وسائل النقل ليومين أو أكثر. لهذا أجمع الفقهاء على أن أولى القواعد الأساسية التى تحكم سير جميع المرافق العامة، انتظامها في سيرها بدون انقطاع ، بحيث يجد المنتفع الخدمة التى يودها المرفق ميسرة في الميعاد والمكان المتعارف عليه لأدائها .

وقد أكدت محكمة القضاء الإدارى هذه القاعدة فذهبت إلى أن :
المرفق العام هو " كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل
بانتظام واستمرار إلخ " .

(القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٥٧/٥/٢)

وقد أكد المشرع والقضاء تطبيق هذا المبدأ في مجالات عديدة ، منها
تحريم الإضراب واستقالة الموظفين ، وفي نظرية الظروف الطارئة في مجال
العقود الإدارية ، وعدم جواز التصرف في الأموال العامة .

١٨٦- ثانياً: قاعدة مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة :

مقتضى هذه القاعدة أنه يتحتم على المرافق العام أن يودى خدماته إلى
من يطلبها من الجمهور بنفس الشروط بحيث لا يكون هناك تمييز لا مبرر
له بين المنتفعين . وهذه القاعدة مستمدة من المبدأ العام الذى يهيمن على
جميع الدساتير ، والذى يقضى بمساواة الأفراد في الحقوق والواجبات .

وقد نصت على هذا المبدأ المادة (٤٠) من دستور ١٩٧١ بقولها :
"المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة،
لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة".
على أن المساواة في هذا الخصوص لا تعنى المساواة المطلقة بين الأفراد
بل المساواة بين من تتحد ظروفهم ، فليس هناك ما يمنع من وضع فروق
بين المستفيدين على أسس موضوعية لا شخصية فأجسة السفر بالسكك

الحديدية تختلف بين الدرجة الأولى والثانية ورسم رخصة تسيير السيارة يختلف من السيارة الخاصة والسيارة الأجرة ، وتختلف حقوق وواجبات طلبة القسم الداخلى عن حقوق طلبة القسم الخارجى بالمدارس .

ومبدأ المساواة لا يحرم الإدارة سلطتها التقديرية فى أن تختار من بين طوائف المواطنين من يكونون قد استوفوا شروط الانتفاع ، فتخص بعضهم بالخدمة التى يؤديها المرفق دون البعض الآخر ، متى استندت فى تصرفها إلى اعتبارات المصلحة العامة ، وخلا تصرفها من إساءة استعمال السلطة .

وإذا كان الأصل هو إعمال قاعدة المساواة بين من يستوفون شروط الانتفاع ، إلا أن هذه القاعدة قد يرد عليها بعض الاستثناءات مردها إلى النصوص ، كإعفاء المتفوقين العاجزين من المصروفات ، أو تخصيص أماكن فى عربات المترو لمن هم فى سن الشيخوخة أو المصابين من الحرب . وتقرير مثل هذه الاستثناءات لا يقصد به تمييز أفراد بذواتهم ، بل لوجود ظروف خاصة واعتبارات معينة راعاها المشرع^(١).

١٨٧ - ثانياً : قابلية نظام المرفق العامة للتغييرات والتعديلات فى أى وقت :

يعنى هذا المبدأ أن المرفق العام يلزم أن يكون دائماً فى حالة تطوير وتجديد من حيث النشاط الذى يقوم به ، أو من حيث الوسائل المستخدمة ،

(١) إبراهيم شيجا وحسين عصمان ص ٣٢١ وما بعدها .

حتى يكون بذلك مساهرا للحاجات المتجددة للجمهور ، فلا يتخلف عنها ويفقد مبررات وجوده .

فإذا ظهر لجهة الإدارة في أى وقت من الأوقات أن هذا التنظيم لم يعد يستفك مع المنفعة المرجوة من المرفق أو أن هناك تنظيما يكفل أدائها على وجه أفضل ، كان لها أن تلجأ إلى تنظيم المرفق ، فتجعل إدارته عن طريق الهيئة العامة بدلا من الإدارة المباشرة . أو تختار نظام شركة الاقتصاد المختلط أو التأميم ... إلخ ولها أن تفرض رسوما على الانتفاع أو تخفيض الرسوم الموجودة ، أو تشدد من الشروط المطلوبة ليكون للأفراد حق الانتفاع . كرفع سن التوظيف أو اشتراط مؤهل خاص لشغل بعض الوظائف .. إلخ . وحق الإدارة في هذا الشأن لا يقيده إلا مراعاة المصلحة العامة ، ذلك القيد العام الذى يهيمن على كل تصرفاتها ألا تصبح تصرفاتها تعسفية ومشوبة بعيب الانحراف .

وقاعدة التغيير والتعديل لا يقتصر على المرافق التى تدار بطريق الربحى وجدها ، بل إنها تمتد لتشمل جميع أنواع المرافق العامة أيا كانت وسيلة إدارتها ، لاسيما المرافق التى تدار بطريق الامتياز .

وهذا الحق ينص عليه دائما في عقود الامتياز ، ولكنه ثابت للإدارة ولو لم ينص عليه صراحة ، بل لا يمكنها أن تنزل عنه مقدما^(١) . لأنه متعلق بحق الجمهور ، ويتصل بالنظام العام .

(١) سليمان الطماوى ص ٣٦٠ وما بعدها .

طرق إدارة المرافق العامة

١٨- تعداد :

تدار المرافق العامة ، سواء كان المرفق قوميا أو إقليميا أو بلديا ، إحدى طرق خمسة هي :

١- الاستغلال المباشر أو الريجي (régie) .

٢- المؤسسات والهيئات العامة .

٣- التزام أو (امتياز) المرافق العامة .

٤- الاستغلال المختلط .

٥- الإدارة بطريق الريجي غير المباشر (régie intéressée) .

١٨٩- الطريقة الأولى:

الاستغلال المباشر أو الريجي (régie) :

يقصد بهذه الطريقة أن تقوم الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية بإدارة المرفق العام مستعينة في ذلك بأموالها وموظفيها ، ومستخدمه في ذلك وسائل القانون العام . وهذه الطريقة هي التي تدار بها جميع المرافق العامة الإدارية في الوقت الحاضر ، وذلك إما لأن هذه المرافق غير مربحة ، فلا يمكن أن يقبل عليها الأفراد ، وإما لأن الدولة ترى أنه من الخطورة أن تسمح للأفراد بالمشاركة في إدارة مثل هذه المرافق ، مثل ذلك مرفق الأمن والدفاع والعدالة والتعليم والصحة . وبعض هذه المرافق تؤدي خدماتها للجمهور بحانا لأنها تتناول جميع أفراد الجمهور ، ويتحمل نفقات المرفق

دافعوا الضرائب ، مثل مرفق العدالة والتعليم ، والبعض الآخر يؤدي خدماته في مقابل رسم معين يؤديه المنتفع حتى لا يتحمل دافعوا الضرائب جميع نفقات المرفق .

وهذا النظام لا يقتصر على المرافق الإدارية وحدها ، بل يمتد في كثير من الدول إلى إدارة بعض المرافق التجارية والصناعية، كأن تتولى الدولة إدارة مرفق السكك الحديدية أو التليفونات والتلغرافات والبريد .

١٩٠- الطريقة الثانية : المؤسسات والهيئات العامة :

بهذه الطريقة يدار المرفق العام عن طريق أشخاص إدارية مرفقية مستقلة عن السلطة المركزية تنشأ لهذا الغرض مثل الهيئات العامة أو المؤسسات العامة . وهى فى مباشرة نشاطها فى إدارة المرفق ، يكون لها شخصية معنوية مستقلة وذمة مالية مستقلة ، وتمتع باستقلال مالى وإدارى ، ويعتبر موظفو هذه المرافق موظفين عموميين ، وأموالها تعتبر أموالاً عامة ، وقراراتها تعتبر قرارات إدارية ، فهى فى حقيقتها من أشخاص القانون العام تتمتع بحقوق وامتيازات السلطة العامة ومن أمثلة ذلك الجامعات والمعاهد الخاصة بالبحوث العلمية وبعض المرافق الاقتصادية كالمؤسسات القائمة على إدارة البنوك وشركات التأمين . وتبسط عادة السلطة الإدارية التى تتبعها المؤسسة الرقابة عليها فى صور مختلفة بينها نظام المؤسسة .

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٢/٤/٤ فى الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٧ ق - أحوال شخصية - بأن :

" لإدارة النقل المشترك بمنطقة الاسكندرية الشخصية المعنوية وهى مؤسسة عامة ولذلك تكون علاقتها بموظفيها علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح - وإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه إلى أحكام قانون عقد العمل الفردى دون تلك القوانين واللوائح فإن ذلك لا يعيبه طالما أن النتيجة التى انتهى إليها تتفق مع أحكام القانون الواجب التطبيق " .

١٩١- الطريقة الثالثة :

التزام أو (امتياز) المرافق العامة :

يقصد بهذه الطريقة أن تعهد الإدارة (الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية) إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادى واستغلاله لمدة محدودة، وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته ، فى مقابل تقاضى رسوم من المتفعين بهذا المرفق العام. وبالتالي فإن المشرفين على إدارة المشروع ليسوا موظفين عموميين بل عمال وأجراء يخضعون فى علاقاتهم مع الملتزم لقواعد القانون المدنى . والملتزم وإن كان يدير مرفقا عاما، إلا أنه يستهدف أساسا تحقيق الربح. ولما كانت هذه الطريقة ، هى طريقة رأسمالية فى الإدارة ، فإنها لا تزدهر فى النظام الاشتراكى . ولذلك فتطبيقاتها محدودة ، وتكاد تنحصر فى استغلال بعض مصادر الثروة الهامة ، وعلى رأسها البترول .

١٩٢. الطريقة الرابعة :

الاستغلال المختلط :

في هذه الطريقة تشترك السلطات العامة والأفراد معا في إدارة مرفق عام. وتتخذ هذه المشاركة صورة شركة مساهمة عادة، تكتسب الدولة أو أحد الأشخاص العامة في جزء كبير من رأسمالها فتشارك في إدارتها وتحمل كباقي المساهمين مخاطرها .

وهذه الطريقة حديثة نسبيا ، تفضل في إدارة المرافق الاقتصادية طريقة الاستغلال المباشر وطريقة المؤسسات العامة في أنها تبتعد عن الطرق والأساليب الحكومية في إدارة مرفق تقتضى طبيعته أن يدار بالنظم التي تسار بها المشروعات الاقتصادية الحرة . وهي في الوقت ذاته قد تفضل طريقة الالتزام في أنها تمكن السلطة الإدارية من الاشتراك في الإدارة والاستغلال، بل ومن السيطرة على المرفق إذا كان نصيبها في رأس المال كبيرا، وتفضل أخيرا طريقة الريجي غير المباشر في أن السلطة الإدارية لاتتحمل وحدها كل الخسائر بل تشارك فيها بمقدار ما تشارك في الربح.

١٩٣. الطريقة الخامسة :

الإدارة بطريق الريجي غير المباشر (régie intéressée) :

في هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة في إدارة المرفق العام واستغلاله على أن تكون للسلطة الإدارية كل الأرباح وعليها كل الخسائر.

أما مدير المرفق فيأخذ مقابل إدارته مبلغا أو نسبة معينة من صافي الأرباح أو من رأس المال. أو مقابلا على أى نحو يتفق عليه مع السلطة الإدارية . فهو إذن مرتبط بهذه السلطة برابطة تعاقدية ، والعقد من عقود القانون الإدارى . ولكنه لا يعتبر موظفا عاما لاهو ولا من يستخدمهم لمعاونته فى إدارة المرفق^(١).

(١) السهنورى ص ٣٤٩ .

موضوع رقم (٩)

(أحكام عقد التزام المرافق العامة)

١٩٤- تعريف عقد التزام المرافق العامة :

تنص المادة ٦٦٨ مدق على أن : " التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن " .

والتزام المرافق العامة يعالج من ناحيتين : فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانع الالتزام (الحكومة) والمتلزم ، عقد يخضع لأحكام القانون الإدارى لأن ما يرد من شروط عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللائحة ، ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدنى .

أما بالنسبة للعلاقة بين المتلزم (concessionaire) كالشركة المصرية للاتصالات وشركة كليك للتليفون المحمول أو شركة موبينيل للتليفون المحمول أو شركات الكهرباء أو الغاز ، وبين المنتفعين بخدمات هذه الشركات (usagers) ، فهى علاقة مدنية تخضع لأحكام القانون المدنى .

وكانت المادة (٩٠٦) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (٦٦٨) تتضمن فقرة ثانية تنص على أن : " ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المفاوض مع عملائه من عقود . فيوجب على المتلزم أن يودى

الخدمات التي يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين . ومن يستجد منهم لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التي تقررها جهة الإدارة" ، إلا أن هذه الفقرة حذفت في لجنة القانون المدني " اكتفاء بالقواعد العامة " (١).

وهذا العقد الذي تبرمه جهة الإدارة مع الملتزم هو طريق من طرق إدارة المرافق العامة. وتعتبر جهة الإدارة في حكم رب العمل، ويعتبر الملتزم في حكم المماول .

وعقد التزام المرافق العامة بهذا المعنى يختلف عن عقد التزام الأشغال العامة ، وهو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة ، بمقتضاه يتعهد المماول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوى العام ، تحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد (٢).

١٩٥- فائدة تنظيم هذا النوع من المقاولات :

سبق أن ذكرناها أن ضمن طرق إدارة المرافق العامة ، إدارة المرافق عن طريق التزام أو (امتياز) المرافق العامة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـه ص ١٧ وما بعدها .

(٢) محمد فواد عبد الباسط ص ٤٦٦ .

وهذه الطريقة ظهرت فائدتها في مجال إدارة المرافق العامة، وفي هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى الجديد، أنه قد "أصبحت العلاقات التى تقوم فى المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة بين المقاول وعملائه من الأهمية بمكان، نظرا لاتساع العمران وانتشار المدن الكبيرة فى الوقت الحاضر، وصار من الضروري أن يعرض التقنين المدنى لهذا النوع من المقاولات، فيورد بعض الأحكام الخاصة به ، كما فعل بالنسبة المقاولات الصغيرة والكبيرة. بل إن الحاجة إلى التنظيم فى هذا النوع من المقاولات أشد منها فى الفرعين السابقين، إذا راعينا أن موقف الجمهور ضعيف إزاء الشركات الكبرى التى تتولى استغلال المرافق العامة، بما دعا إلى تدخل السلطة العامة لحماية المنتفعين بها . وقد ازداد هذا التدخل على مرور الزمن ، فأصبحت السلطات العامة تتولى بنفسها إدارة بعض المرافق اللازمة لحياة الجمهور ، أو تميز للأفراد استغلالها بمقتضى عقد التزام مع احتفاظها بحق الرقابة والتنظيم . وهكذا وجدت إلى جانب المرافق التى يجرى استغلالها وفقا لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة، مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها ، وأخرى تتولى تنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها .

ومن الثابت أن تنظيم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة يرتبط ، علاوة على التقنين المدنى، بالتقنين الإدارى ، ولا بد من إصدار تشريع خاص ينظم الناحية الإدارية منه، ويحدد على الأخص موقف السلطة العامة قبل المقاول

لذى تمنحه امتياز استغلال مرفق عام. والمشروع لا يتعرض بداهة إلا للناحية المدنية من هذه المقاولات . والمبادئ التى يقرها فى هذا الصدد ليست سوى تأكيد للاتجاهات التى بدت فى القضاء المصرى الذى حاول بقدر الإمكان عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة، سد الفراغ الموجود فى التقنين الحالى، وتنظيم العلاقات بين ملتزمى المرافق العامة والمتفعين بها. كذلك يحرص المشروع على ألا يقرر سوى الأحكام التى يمكن أن تتسجم مع التقنين الإدارى المصرى الذى يرجى له عن طريق التشريع كثيرا من التطور فى المستقبل القريب .

وقد استند المشروع فى تقريره للأحكام التى أخذ بها إلى بعض الحقائق الثابتة، وعلى الأخص إلى وجود مرافق عامة أجازت السلطة العامة للأفراد استغلالها بمقتضى عقود التزام تضمنها شروطا لتنظيم علاقة الملتزم بعملائه، وإلى أن من اجمع عليه الآن فى القضاء المصرى والفرنسى وقضاء معظم البلاد الأجنبية أن هذه الشروط ملزمة للفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق العام كماهى ملزمة للعملاء . وقد حاولوا تبرير هذه القوة الإلزامية فى أول الأمر عن طريق الالتجاء إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير (محكمة الاستئناف المختلطة ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ ب ٦ ص ٣٣٩- ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ ب ٧ ص ٤٦ ...) ولكن من المتفق عليه الآن أن الاحترام الواجب لهذه الشروط إنما يرجع إلى مالها من طبيعة اللامحة الإدارية .

والأحكام التي أوردها المشروع في هذا الفرع إنما تبني على هذه الحقائق الثابتة النتائج القانونية المترتبة عليها . وهي تكسب المبادئ العامة في التقنين المدنى شيئا من المرونة حتى تتمشى مع هذه الحقائق . وعلى هذا النحو يصل هذا الفرع من المشروع بين التقنين الإدارى الناشئ والأسس العامة في التقنين المدنى، كما هو الحال بالنسبة للفصل الخاص بعقد العمل، فهو يصل بين التشريع الصناعى الذى لا يزال فى بداية عهده فى مصر والأساس القانونى العام فى التقنين المدنى^(١).

وقد جاء بملاحق تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عن موضوع التزام المرافق العامة :

" لمعارض موضوع التزام المرافق العامة على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح حذف المواد من ٦٦٨ إلى ٦٧٣ وهى الخاصة بالتزام المرافق العامة لأن محله الطبيعى القانون الإدارى ولأن من المتوقع أن تكون المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الإدارى ولأن تعيين هذا الالتزام يتطلب توفير الانسجام مع التقنين الإدارى المصرى - ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن المشروع تعرض لجانب محدود من صلة المنتفعين بالملتزم ، وهذا الجانب مدنى الصبغة . وقد استقر قضاء المحاكم المصرية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٦٨ وما بعدها .

على خضوع الجانب المتقدم ذكره لقواعد القانون المدنى (أنظر على سبيل المثال. استئناف مخطط ٢٦ يونية سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩) .

وهذا ولم يذهب التعديل المزمع لقانون مجلس الدولة إلى جعل القضاء الإدارى مختصا دون غيره بالنظر فى المنازعات الخاصة بالتزامات المرافق العامة وإنما جعل اختصاص القضاء العادى قائما وجعل الخيار للأفراد فى الاستجاء إلى الجهة التى يؤثرونها والقواعد التى تضمنها المشروع فى هذا الشأن ليس فيها خروج على القواعد العامة ولا مساس بالتنظيم الإدارى وإنما هى تضع نظاما سيعين القضاء على حل كثير من المشاكل التى يجوز أن تكون محلا لاختلاف الرأى والتقدير (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٦٩ وما بعدها) .

١٩٦- عناصر عقد التزام المرفق العام :

يبين من المادة (٦٦٨) مدنى أن عقد التزام المرفق العام له ثلاثة عناصر تميزه عن العقود الأخرى ، وهى :

العنصر الأول :

أن يكون العقد مبرما بين جهة الإدارة المختصة بتنظيمه وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق . وعادة ما يكون التعاقد مع جهة الإدارة شركة قادرة على الوفاء بالأعمال والإنشاءات اللازمة لإدارة واستغلال المرفق .

أما إذا كان المتعاقد الآخر مع جهة الإدارة من أشخاص القانون العام، فلا يعتبر العقد التزاما .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الملتمزم بإدارة المرفق العام - على ما يفيد نص المادة ٦٦٨ من القانون المدني - هو من يربطه بالحكومة عقد التزام يكون الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية لفترة معينة من الزمن ، ومن ثم فلا يعد المجلس البلدى "ملتزما" إذا ما أدار المرفق إدارة مباشرة لأن المجلس البلدى شخص من أشخاص القانون العام وفرع من فروع السلطة العامة عهد إليه القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٤٥ ببعض اختصاصات الدولة فى شأن المرافق العامة " .

(طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

ونظرا لأن الملتمزم هيئة خاصة وليس موظفا عاما ، فإنه يرتبط بالعاملين لديه بعقود عمل تخضع لأحكام القانون الخاص .

وتقوم هذه الهيئة الخاصة بجميع الإنشاءات الضرورية للمرفق على مسؤوليتها وليس على مسؤولية الإدارة ، وعلى نفقتها تماما . كما أنها مسؤولة عن الأضرار التى تصيب الأفراد نتيجة سير المرفق وهكذا لاتتحمل الإدارة مانحة الالتزام شيئا من النفقات أو المسؤوليات المادية ، بل على العكس فإنه عادة يتضمن عقد الالتزام عودة المرفق بجميع إنشاءاته ومهامه

إلى الإدارة مانحة الالتزام بانتهاء العقد مما يعود على الدولة بفوائد مادية كبيرة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " القاعدة في عقود التزام المرافق العامة هي أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وتبعاً لذلك فإن جميع الديون التي تترتب في ذمة الملتزم أثناء قيامه بإدارة المرفق تعد التزاماً عليه وحده ، ومن ثم فلا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها، فإذا هي انتهت الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها فإنها لا تلتزم بشئ من هذه الديون ما لم ينص في عقد الالتزام على التزامها به . ذلك أن الملتزم لا يعتبر في قيامه بإدارة المرفق - لحسابه - وكيلاً عن جهة الإدارة كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له " .

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

٢- " إسقاط الالتزام من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يضع حداً فاصلاً بين إدارة الملتزم وإدارة الدولة للمرفق ، وتكون جميع الالتزامات المترتبة في ذمته أثناء هذه الإدارة عليه وحده ، ولا شأن لجهة الإدارة بها ما لم ينص في عقد الالتزام أو غيره على خلاف ذلك أو كيفية

(١) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب القانون الإداري الطبعة الأولى ١٩٨١ ص

تسوية حقوق الدائنين ، وإذ اعتبر الحكم المطعون فيه الطاعنة - هيئة النقل العام بمدينة القاهرة - خلفا لشركة الترام ، وألزمها على هذا الأساس وحده بجزء من التعويض المحكوم به للمطعون عليه الثالث - على الشركة المذكورة - فإنه يكون معينا بمخالفة القانون وبالقصور في التسبيب " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١١/٣٠)

العنصر الثاني :

أن يكون محل العقد إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية .

وعلى هذا نصت المادة ٦٦٨ مدق صراحة بقولها : " التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية " .

فالمرفق الذى يدار بطريق الالتزام أو (الامتياز) مرفق من طبيعة اقتصادية تجارية أو صناعية . لأن هذه المرافق هى التى تكون خدماتها مدفوعة بأجر يشجع الأفراد أو الشركات على الالتزام بإدارتها واستغلالها، على عكس المرافق الأخرى الإدارية التى تتسم بالمجانبة ولا يتصور فيها نظام الالتزام أو (الامتياز) ومن أمثلة المرافق الاقتصادية ، ما ذكرناه سلفا من التعاقد مع شركات تليفونات المحمول (كليك) و (موبينيل) وشركة الغاز، والكهرباء والمياه، وأيضا مرافق النقل بالسيارات داخل المدن أو فيما بينها أو بين القرى والمراكز ومرافق النقل بالترام والنقل النهري .

العنصر الثالث :

تحديد مدة معينة للالتزام المرفق :

تنص المادة (٦٦٨) مدني على أن يكون للالتزام المرافق العامة " فترة معينة من الزمن " .

فلا يجوز أن يكون العقد مؤبداً أو لمدة غير معينة أو لمدة معينة بالغة الطول . وإنما يجب أن تكون المدة معقولة تكفل للملتزم استهلاك ما قام به من نفقات الإنشاء . وفوائد رأس المال الذي استثمره .

وشرط المدة هذا يميز عقد الالتزام عن الترخيص باستغلال مرفق عام، فالترخيص الأخير مؤقت بطبيعته ويمنح لأجل معين ، وغير قابلة للتجديد. ويحق لجهة الإدارة مانحة الترخيص إلغاؤه في أى وقت طبقاً لصريح نصها. وقد وضعت المادة الأولى من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة حداً أقصى لمدة العقد بثلاثين سنة إذ نصت المادة على أن : "لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة" .

ورغم أن الدستور المصري الصادر في سنة ١٩٢٣ نص في المادة ١٣٧ منه على أن التزامات المرافق العامة لا يمكن منحها إلا لمدة محدودة ، فقد جرى العمل في ظلّه على منح التزام المرافق العامة لمدة طويلة جداً قد تصل إلى تسع وتسعين سنة مما يتعارض مع روح الدستور^(١).

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٩١ .

ولذلك نصت المادة الثالثة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أن:
" تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة
مع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ
العمل به . وذلك مع عدم الإخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق
على هذا القانون " .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أن : " الأحكام الواردة في المواد
٥ ، ٦ ، ٧ في الواقع مجموعة من القواعد مستقلة عن شروط عقود الالتزام
واجبة التطبيق ولو لم ينص عليها في وثيقة الالتزام، بل ولو نص على شروط
تعاقدية تخالفها ، إذ الأمر فيها يتعلق بمبادئ تعلق على الاتفاقات التي تعتبر
قانونا للمتعاقدين. فيجب إذن أن يعمل بها من تاريخ نشرها في كل التزام
مهما يكن تاريخ منحه. وقد وضعت المادة الثامنة لتبين بنص صريح مدى
تطبيق هذه الأحكام " .

وهذا يعنى بالنسبة للالتزامات السابقة على صدور القانون أن تنقص
المدة الباقية لها إلى ٣٠ سنة إذا كان ماتبقى من المدد الأصلية أزيد من
ثلاثين سنة ، ويدخل على هذا استثناء واحد في حالة ما إذا وجد اتفاق
يقضى بغير ذلك بين الحكومة والملتزم صدر بقانون سابق .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

١- " يبين من مراجعة القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق
العامة أنه وضع لتنظيم العلاقة بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم في شأن إدارة .

المرفق العام الذى يعهد إلى الملتزم بالمشاركة فى تسييره على أساس أن عقد الالتزام يمنح لمدد طويلة نسبياً وليس قصيرة، وآية ذلك أن المادة الثالثة من القانون تنص على ما يأتى: " لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص له من مانع الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استغلال رأس المال ، وما زاد على ذلك من صافى الأرباح تستخدم أولاً فى تكوين احتياطى خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن ١٠% وتقف زيادة هذا الاحتياطى حتى يبلغ ما يوازى ١٠% من رأس المال، ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانع الالتزام " فهذا النص يفترض أن الالتزام لا يمنح إلا لمدد طويلة نسبياً تعد بالسنوات ، ذلك لأن الفقرة الأولى منه نصت على ألا تحصل نسبة الربح إلا بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال، وقضت الفقرة الثانية بأن مازاد على الأرباح عن تلك النسبة يستخدم فى تكوين احتياطى للسنوات التى تقل فيها نسبة الأرباح عن ١٠% ، ويضاف إلى ذلك أيضا أن الزيادة التى تجنب من أرباح الملتزم لا تمنح إلى جهة الإدارة مانحة الالتزام ، وإنما تخصص باعتبارها قد استقطعت من أرباح الملتزم لمواجهة الخسارة أو النقص فى الربح الذى قد يصيب الملتزم فى بعض سنوات الاستغلال، أو تستخدم فى تحسين وتوسيع المرفق العام، وليس من

شك في أن هذه الأحكام كلها مستحيلة التطبيق على التراخيص التي قد تمنح لاستغلال بعض المرافق العامة لأنها مؤقتة بطبيعتها وتمنح لآجال قصيرة ، وغير قابلة للتجديد ويحق لجهة الإدارة مانحة الترخيص إلغاؤها في أى وقت طبقا لصريح نصوصها ، ومن ثم فلا تسرى عليها أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المشار إليه لأنها مقصورة التطبيق على عقود التزام المرافق العامة دون غيرها " .

(طعن رقم ٤٤٠ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٧٠/١/١٧)

٢- " إن المشرع فرق بين عقد التزام المرفق العام وبين الترخيص المؤقت في الشروط والأحكام المنطبقة على كل منهما ، فقد أخضع عقد الالتزام فيما يتعلق بالأرباح التي يحققها الملتزم إلى الأحكام المضمنة في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بينما أخضع التراخيص المؤقتة التي قد تمنحها جهة الإدارة إذا ما تعذر منح الاستغلال عن طريق الالتزام للشروط التي يحددها وزير المواصلات ، وإذا كان القانونان المشار إليهما لا ينطبقان على خطوط أتوبيس مدينة القاهرة وإنما يسريان على خطوط أتوبيس الأقاليم وحدها ، غير أنهما يكشفان بوضوح وجلاء عن أن المشرع نفسه يفرق بين عقد الالتزام وبين الترخيص المؤقت في شأن الأحكام المنطبقة على كل منهما ، وهذا يؤكد ما سبق ذكره من أن أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة لا يسرى على التراخيص المؤقتة إذا خلت من نصوص صريحة توجب تطبيق أحكامها عليها " .

(طعن رقم ٤٤٠ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٧٠/١/١٧)

١٩٧- الطبيعة القانونية لعقد التزام المرافق العامة :

تعددت المذاهب في الطبيعة القانونية لعقد التزام المرافق العامة إلى مذاهب ثلاثة هي :

المذهب الأول :

اعتبرت بعض الدول أن عقد الالتزام إنما هو وليد أمر انفرادى تقوم السلطة العامة بإصداره مستندة على ولايتها الآمرة ويقوم الملتزم بالخضوع له بمحض إرادته عندما يقبل شروط الالتزام . وقد سادت هذه النظرية في الفقه الألماني وتأثر بها الفقه الإيطالي حتى أوائل القرن الحالى .

وهذه النظرية من شأنها أن تقوى مركز الإدارة بينما تهرق مركز الملتزم إزاءها كغيرها ، إذ تخول للإدارة التدخل في كل وقت لتعديل شروط الالتزام وإلغائه . وفي الوقت ذاته تغفل إلى حد كبير نصيب الملتزم في إبرام العقد إغفالا لا يتناسب مع الدور الذى يقوم به والنفقات التى يبذلها في سبيل المرفق .

المذهب الثانى :

سادت فكرة تعاقدية في فرنسا حتى بداية القرن العشرين وفي مصر حتى الربع الأول من هذا القرن . وخلاصة هذه الفكرة أن التزام المرافق العامة ما هو سوى عقد من العقود يتضمن السماح للملتزم باحتلال الدومين العام، والحصول على بعض الرسوم من المنتفعين بالمرفق . وبما أن الالتزام

إنما ينظم المرفق العام ويعدده ليكون تحت تصرف المنتفعين فمن الطبيعي أن تقول هذه النظرية أن هنالك اشتراطا لمصلحة الغير ، إذ أن السلطة مانحة الالتزام إنما تشترط لصالح المنتفعين .

وقد انتقدت هذه النظرية بأن مركز المنتفعين لا يمكن أن يتحدد بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير، لأن الأمر يقتضى أن يكون الغير أشخاصا محددين بذواتهم ، ومن ناحية ثانية فإن توافق الإرادتين الذى قد تراه فى عقد الالتزام لا يمكن أن ينتج عنه عقدا عاديا ، لسبب بسيط هو أن محل هذا التوافق فى الإرادتين إنما هو تنظيم المرفق العام وتنظيم نشاطه . وهذا الأمر يخرج بطبيعته عن النطاق التعاقدى لأنه يدخل فى اختصاصات السلطة العامة وحدها دون سواها .

كما أن الأخذ بالنظرية التعاقدية إنما يتجاهل مبدأ من أهم المبادئ الأساسية فى سير المرافق العامة هو مبدأ قابلية القواعد المنظمة لها للتغيير والتعديل فى كل وقت ، والنظرية التعاقدية سوف تقف حجر عثرة فى سبيل ذلك ، لأن أى تعديل يجب أن يوافق عليه الملتزم وقد لا يوافق، فيلحق المرفق من هذا ضرر ليس باليسير . ولهذا فقد عدل عن الفكرة التعاقدية إلى فكرة أخرى .

المذهب الثالث :

الالتزام عمل قانونى مركب (act mixte) وهذه الفكرة نادى بها العميد دوجى وفحواها أن عقد الالتزام إنما هو عقد ذو طبيعة مختلطة تعاقدية .

ولائحية معا، بمعنى أن شروط هذا العقد ذات طبيعة لائحية والبعض الآخر ذات طبيعة تعاقدية ، ومن الطبيعي أن يكون الأمر كذلك ، لأنه من غير المعقول أن تكون نصوص العقد كلها لائحية ومن غير المعقول أيضا أن تكون النصوص كلها تعاقدية . فالالتزام وإن كان محله فعلا أحد المرافق العامة إلا أن القائم به هو فرد يسعى إلى تحقيق بعض الربح . ولهذا فإذا نظرنا من زاوية الشروط اللائحية فإن الالتزام يصبح بالنسبة للملتزم عملا شرطيا يقبل به السهر على إدارة المرفق في ظل القواعد المنظمة له والتي تستطيع الإدارة أن تغيرها في كل وقت مع مراعاة التوازن المالى للعقد بطبيعة الحال . وإذا نظرنا من زاوية الشروط التعاقدية فإنها تضع الملتزم في مركز قانونى ذاتى أو شخصى لا يمكن المساس به من جانب الإدارة ، لأنه يشمل المزايا المالية التى تحدد التوازن المالى للعقد^(١) .

(أنظر فى الشروط اللائحية والشروط التعاقدية البند التالى) .

١٩٨- طبيعة عقد الالتزام فى القانون المصرى :

ذهب القضاء فى أول الأمر إلى اعتبار التزام المرافق العامة من عقود القانون المدنى، يخضع لما تخضع له هذه العقود من قواعد . ولكنه عدل عن هذا الرأى وكان ذلك أولا فى أحكام المحاكم المختلطة، وأخذ بالمذهب الثالث

(١) راجع فى عرض هذه النظريات الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى القانون الإدارى الجزء الأول ١٩٨٧ ص ٢٤٦ وما بعدها .

الذى يرى أن عقد الالتزام عمل قانونى مركب ، فعقد الالتزام ليس من جهة عقدا مدنيا، ولا هو من جهة أخرى تصرف قانونى من جانب واحد. بل هو عقد إدارى . فعقد الالتزام إذن بالرغم من أنه عقد يتكون من توافق إرادتين إرادة السلطة الإدارية وإرادة الملتزم، إلا أنه لا يخضع فى جميع مشتملاته لقواعد القانون المدنى ، بل يخضع للقانون الإدارى فى نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة .

وقد أنصح عن هذا الاتجاه تعريف المادة (٦٦٨) مدنى لعقد الالتزام بأنه عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة القائمة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن .

كما أن المادة السابقة كان أصلها فى المشروع التمهيدي برقم (٩٠٦) وكانت تنص على أن : "١- التزام المرافق العامة عقد إدارى، الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية . ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذه المرافق وبين الفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق عدة من السنين" .

٢- ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يرميه المقاتل مع عملائه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يودى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين . ومن يستجد منهم لقاء ما يدفعونه .

من جعل تحدده قائمة الأسعار التي تقررها جهة الإدارة " _ غير أنه في لجنة المراجعة عدلت المادة وأغفل وصف العقد بأنه " إداري"، ويغلب أن يكون السبب راجعا إلى الرغبة في تجنب مذهب فقهي في النصوص التشريعية^(١).

وعلى ذلك يخضع عقد الالتزام لنوعين من القواعد .

النوع الأول :

نصوص تعاقدية :

وهذه تخضع للقانون المدني ، فلا يجوز نقضها ولا تعديلها إلا باتفاق الطرفين . وهى تشمل الأعباء المالية المتبادلة بين مانح الالتزام من ناحية وبين الملتزم من ناحية أخرى ، ومدة الالتزام وكيفية استرداده وما يتعلق بتنفيذ الأشغال العامة التي يقتضيها الالتزام .

وهذه الشروط لا تهم المنتفعين بالمرفق مباشرة. ولا يحق للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة .

والنوع الثاني :

نصوص تنظيمية أو لائحية :

وهذه النصوص لا يقتصر أثرها على الملتزم ومانح الالتزام ، وإنما تمتد إلى المنتفعين ، وهى الخاصة بتنظيم المرفق العام وسيره ، كتحديد طريقة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٧١ وما بعدها .

الاستغلال ، وتحديد الرسوم التي يجوز تحصيلها ، والإجراءات الكفيلة بحفظ سلامة المنتفعين ، وشروط الانتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق ... الخ .

والنصوص التنظيمية أو اللائحية، تغدو كما لو كانت قانونا للمرفق، وبالتالي فإن الإدارة تستطيع أن تعدلها دائما بإرادتها المنفردة ، ولاتستطيع جهة الإدارة أن تجرد نفسها من هذه الولاية باتفاق خاص أو تحرم نفسها من حق استرداد المرفق قبل انقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة ذلك . وبصفة عامة يعتبر نصا تعاقديا كل ما أمكن الاستغناء عنه لو أن المرفق أدير عن طريق الإدارة مباشرة ، بينما تعتبر لائحية النصوص التي تبقى لو أدير المرفق العام^(١).

وقد جاء بمناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أنه :

"ويلاحظ أن التزام المرافق العامة يعالج من ناحيتين فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام (الحكومة أو الهيئات البلدية) والملتزم يخضع لأحكام القانون الإداري لأن ما يرد من شروط عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللائحة - ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدني .

أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم (concessionaire) والمنتفعين (usagers) كما هو الحال مثلا في علاقة شركة المياه بالمستهلكين فهذه

(١) سليمان الطماوى ص ٣٢١ - محمد فؤاد عبد الباسط ص ٥٢ وما بعدها .

العلاقة تخضع لأحكام القانون المدنى ولم تكن منظمة بالتقنين الحالى فرأى المشروع أن ينظمها وخيرا فعل للقضاء على كثير من الخلاف فى تكييف هذه العلاقة. أما القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤١ الخاص بالالتزام المرافق العامة. فقد نظم العلاقة الأولى وهى العلاقة بين الحكومة (مانحة الالتزام) وبين الملتزم فأحكامه تعتبر فرعاً من أحكام القانون الإدارى لأنه إنما يتناول شروطاً لها كما قدمنا صفة اللائحة ولذلك لا شأن لأحكامه بالقانون المدنى^(١).

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" ومن حيث إن المسلم به فقها وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية ، والشروط اللائحية فقط هى التى يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة فى أى وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، والمسلم به أن التعريف أو خطوط السير وما يتعلق بهما من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة، غير أنه وإن كان استعمال مانح التزام الحق فى تعديل قواعد التعريف أو خطوط السير لصالح المستفيعين ، إلا أن إثثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بهذه المصالح الخاصة بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٧٣ وما بعدها .

فإذا ترتب على مثل هذا التعديل أضرار بالملتزم فعلى مانح الالتزام أن يعرضه بما يجبر هذه الأضرار ، ولقد أخذ المشرع المصرى بما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريان في هذا الصدد ، إذ نص في المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة على أن " لمانح الالتزام دائما - متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق موضوع الالتزام وقواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك بمراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له حل " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٣)

١٩٩- كيفية منح التزام المرافق العامة :

ينظم التزامات المرافق العامة القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة المعدل بالقوانين ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ، ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ ، ١٨٥ لسنة ١٩٥٨^(١) .

(١) ونشر القانون بنصومه كاملة فيما يلى :

قانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٥٤ بالتزامات المرافق العامة

نحن فاروق الأول ملك مصر :

قرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتى نصه ، وقد صدقنا عليه وأصدرناه :

مادة ١- لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة .

مادة ٢- يكون لمانح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأمس التي تحدد في وثيقة الالتزام .

مادة ٣- لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانع الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال .

وما زاد على ذلك من صافي الأرباح يستخدم أولاً في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل فيها الأرباح عن عشرة في المائة .

وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي عشرة في المائة من رأس المال. ويستستخدم ما يبقى من هذا الزائد في تحسين وتوسيع المرفق العام أو في خفض الأسعار حسبما يرى مانع الالتزام .

مادة ٤- يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته .

مادة ٥- لمانع الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل.

مادة ٦- إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا بد لمانع الالتزام أن يلتزم فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام جاز لمانع الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول .

مادة ٧- (مستبدلة بالقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨) - لمانع الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية .

= وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات - التي ينشئها
الملتزم لاستغلال المرفق - ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم
تقرير بذلك لمائح الالتزام .

ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير مائح الالتزام أو
المشرف على الجهة مائحة الالتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق
وسيره من الناحية المالية ، أو أن يعهد بالمراقبة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة
عامة أو خاصة .

كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته
أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات
المرافق العامة .

وفي هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة
النواحي التي نيط بها رقابتها وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص
والجهة مائحة الالتزام .

وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة وفقاً للأحكام
السابقة كل ما قد يطلبون من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات كل
ذلك دون الإخلال بحق مائح الالتزام في فحص الحسابات والتفتيش على إدارة
المرفق في أى وقت .

مادة ٨- تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة
مع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به.
وذلك مع عدم الإخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا
القانون.

مادة ٨ مكرراً (مضافة بالقانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥) - لا يجوز الحجز ولا
اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات
المخصصة لإدارة المرافق العامة .

غير أن هذا القانون لم ينص على طريقة منح الالتزام بالمرافق العامة. وهل يتم ذلك بمجرد اتفاق بين الإدارة والملتزم أو لابد من موافقة المجلس التشريعي في صورة قانون .

وقد صدر القانون رقم ٢٨٨ لسنة ١٩٥٦ في شأن تعديل شروط التزام استغلال المرافق العامة في دوائر اختصاص وزارة الشؤون البلدية والقروية والمجالس البلدية ونص في مادته الأولى على أن :

"لوزير الشؤون البلدية والقروية وللمجالس البلدية كل في حدود اختصاصه تعديل شروط عقود التزام استغلال المرافق العامة - عدا ما كان من تلك الشروط خاصا بتحديد شخص الملتزم ومدة الالتزام ونطاقه والإتاوة فإنه يتعين صدور قانون بالإذن في تعديلها " .

ثم صدر القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ (المعدل بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠) في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، ونصت مادته الأولى (المعدلة) على أن يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أى تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة . ويكون تعديل ما عدا ذلك قرار من الوزير المختص .

مادة ٩- على الوزراء كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

على أنه بالنسبة إلى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية إذا لم يتجاوز مدة الامتياز خمس سنوات " .

ولما صدر دستور ١٩٧١ نص في المادة ١٢٣ منه على أن : " يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة إلخ " ، كما نصت المادة ١٤٦ منه على أن : " يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة " .

والمصالح العامة تعني فروع الوزارات التي تقوم على مرفق عام، فيقوم المرفق العام غير متمتع بالشخصية الاعتبارية . أما المرافق العامة فهي تعني كل هذه المرافق التي تتمتع والتي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية .

فإنشاء المرافق العامة إذن - في ظل النظام الدستوري الحالي - يمكن أن يتم بقرار من رئيس الجمهورية ويمكن أيضا أن يتم بأداة أعلى كالقانون، ولكن القانون لا يكون أداة لا زمة لإنشاء المرفق العام^(١).

غير أنه يلاحظ أن المشرع الدستوري لم يخول رئيس الجمهورية الحق في تفويض هذا الاختصاص إلى غيره .

(١) مصطفى أبو زيد فهمي ص ١٥٨ - إبراهيم شيحا وحسين عصمان ص ٣١.

وإذ كسان المشرع الدستوري قد خول لجهة الإدارة حق إنشاء المرافق العامة على النحو السابق ، إلا أن الأمر قد يحتاج إلى ضرورة الالتجاء للسلطة التشريعية لتقرير اعتمادات مالية لإنشاء بعض هذه المرافق . إذ لم يكن بمقدور الإدارة تدبير الأموال اللازمة لها . وفي هذه الحالة يكون طريق إنشاء المرافق العامة بقرارات جمهورية طريقا نظريا بل وموقوفا على إذن السلطة التشريعية بتقرير بعض الاعتمادات المالية .

كما يلاحظ أن الإدارة قد تضطر في كثير من الحالات إلى وسيلة القانون لإنشاء بعض هذه المرافق ، وذلك في حالة كون المرافق الجديدة المزمع إنشاؤها تؤدي إلى ضرورة التعديل في القوانين القائمة تطبيقا للمبدأ الأصولي المعمول به في القانون، وهو أنه لا يمكن تعديل قانون إلا بقانون.

٢٠٠- بعض التزامات حديثة للمرافق العامة :

صدر القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ في شأن الموانئ التخصصية (الجريدة الرسمية العدد (٥) في ١/٢/١٩٩٦) المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ (الجريدة الرسمية العدد ١٧ (مكرر) في ٢٥/٤/١٩٩٨)، ومن ضمن استثناءاته على أحكام القانونين رقمي ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، ٦١ لسنة ١٩٥٨ سالفى الذكر، ما تعلق بمدة الالتزام حيث جعلتها المادة (الرابعة مكررا) المضافة بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ مدة لاتزيد على تسع وتسعين سنة .

وما نصت عليه ذات المادة من أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها- في حدود القواعد والإجراءات الموضحة بالمادة- قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص^(١).

(١) ونشر القانون ومذكرته الإيضاحية فيما يلي :

قانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧
في شأن منح التزام المرافق العامة
لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه ، وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

مسع عدم الإخلال بالسيارة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوى داخل الإقليم وبالأنظمة الخاصة بأمن المطارات والطائرات، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ، أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج، لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضى النزول، أو أجزاء منها ، أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضى للنزول ، وذلك دون التقييد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز . ومع الالتزام بأحكام قانون الطيران المدنى الصادر بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ وقانون رسوم الطيران المدنى الصادر بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣ وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

(أ) - أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية.

(ب) ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

= (ج) أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرافق بانتظام وإطراد .

(د) ألا تسرى على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام أحكام المواد ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ ، ٨ ، ١١ ، ١٢ ، ٣١ مكرراً (١) و ٣١ مكرراً (٢) ، ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ ، ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٥ ، ٤٦ ، ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ ، ٥٤ ، ٥٥ ، ٥٦ ، ٥٨ ، ٥٨ مكرراً قانون رسوم الطيران المدني المشار إليه، كما لا يسرى عليها حكم المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٩ لسنة ١٩٩١ المعدل لهذا القانون . ويتولى الملتزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والاستفاد والإشغال والاستغلال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء بالقفات التي تحدد في وثيقة الالتزام .

(المادة الثانية)

مع مراعاة إشراف الهيئة المصرية العامة للطيران المدني على عمليات تأمين سلامة الطيران والقائمين عليها والتحقق في المخالفات الخاصة بها ، وبمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لفتح أى مكتب لمؤسسات النقل الجوى الأجنبية، يكون للملتزم بالنسبة للمطارات وأراضي للنزول محل الالتزام السلطات والاختصاصات المسندة إلى الهيئة في المواد ١٨ و ٢١ و ٦٨ من قانون الطيران المدني. وإلى السلطات المختصة بالطيران المدني في المادة ٥٧ من قانون رسوم الطيران المدني. وذلك في حدود الشروط الواردة في عقد الالتزام .

(المادة الثالثة)

لا يجوز الحجز أو اتخاذ أى إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولا سلكية ومنارات وما بداخلها من مهمات وأدوات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام .

(المادة الرابعة)

يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال، وجعلها صالحة =

للاستخدام طوال مدة الالتزام ، وتؤول جميعها إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال .

(المادة الخامسة)

يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه - أو تعديلها - وحصة الحكومة، في حدود القواعد والإجراءات السابقة . قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص . ولا يجوز للملتزم أن يفزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء .

(المادة السادسة)

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره .
يصم هذا القانون بمقام الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .
صدر برئاسة الجمهورية في ٣٠ رمضان سنة ١٤١٧ هـ (الموافق ٨ فبراير سنة ١٩٩٧ م) .

مذكرة إيضاحية

مشروع قانون نى شأن منح التزام المرافق العامة

لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول

وافق مجلس الوزراء على أن يتولى القطاع الخاص إنشاء وإدارة واستغلال بعض المطارات وذلك عن طريق التزام المرافق العامة .

ومن ثم فقد أعد مشروع القانون المرافق على النحو الآتى :

تنص المادة الأولى على جواز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ، أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج . لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضى النزول ، أو أجزاء منها ، أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضى النزول . -

وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، ومع الالتزام بأحكام قانون الطيران الصادر بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ وقانون رسوم الطيران المدني الصادر بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣ وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

- أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلاية .

- ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

- أن تتخذ وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد .

- ألا تسرى على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام أحكام المواد ٦٥ و ٧٥ و ٨١ و ١٢١ و ٣١٠ مكررا و ٣١٠ مكررا (١) و ٣١٠ مكررا (٢) و ٣٦٧ و ٣٨٣ و ٣٩٠ و ٤٠١ و ٤٢٠ و ٤٣٠ و ٤٥٦ و ٤٧٤ و ٤٨٩ و ٥٠٥ و ٥١٥ و ٥٢٥ و ٥٣٥ و ٥٨٥ و ٥٦٥ مكررا من قانون رسوم الطيران المدني المشار إليه، كما لا يسرى عليها حكم المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٩ لسنة ١٩٩١ المعدل لهذا القانون، ويتولى الملتزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والأشغال والاستغلال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء بالفتات التي تتخذ في وثيقة الالتزام. وتحول المادة الثانية الملتزم السلطات والاختصاصات المسندة إلى الهيئة المصرية العامة للطيران المدني في المواد ١٨ و ٢١ و ٦٨ من قانون الطيران المدني ، وإلى السلطات المختصة بالطيران المدني في المادة ٥٧ من قانون رسوم الطيران المدني ، وذلك دون الإخلال بإشراف الهيئة المصرية العامة للطيران والقائمين عليها والتحقق

وعلى نسق القانون القانون السابق صدر القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧
في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات
وأراضى النزول (الجريدة الرسمية العدد (٦) مكرر في ١٩٩٧/٢/٨) .

في المخالفات الخاصة بها ، وبمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لفتح أى مكتب
لمؤسسات النقل الجوى الأجنبية .

وتحظر المادة الثالثة توسيع الحجز أو اتخاذ أية إجراءات تنفيذ على المطارات
وأراضى النزول موضوع الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأسلاك وأجهزة
ومعدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومنارات، وما بداخلها من مهمات وأدوات
وآلات مخصصة لإدارة الالتزام .

وتوجب المادة الرابعة على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضى النزول موضوع
الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وجعلها صالحة للاستخدام طوال فترة
الالتزام ، كما تنص على أن أن تؤول جميعها إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام
دون مقابل وبحالة جيدة .

وأخيراً تنص المادة الخامسة على أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه - أو
تعديلها- وحصة الحكومة ، في حدود القواعد والإجراءات السابقة ، قرار من
مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات ، ولا يجوز للملتزم أن
ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء .

ومشروع القانون معروض للتفضل - في حالة الموافقة - بتوقيعه وإحالته إلى
مجلس الشعب ١٩٩٦/١٢/٢٥ .

وزير النقل والمواصلات

(مهتمس / سليمان متولى)

وكان من استثناءاته، ما تعلق بمدة الالتزام حيث جعلتها المادة الأولى منه مدة لا تزيد على تسع وتسعين سنة .
وما نصت عليه المادة (٥) من أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه - أو تعديلها- وتحديد حصة الحكومة ، في حدود القواعد والإجراءات التي تضمنها القانون بهذا الخصوص ، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص^(١).

(١) ونشر القانون وأعماله التحضيرية فيما يلي :

**قانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦
في شأن الموانئ التخصيصية**

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتي ، وقد أصلرناه :

(المادة الأولى)

تسرى أحكام هذا القانون على موانئ الصيد والتعدين والبتروك والسياحة وغيرها من الموانئ ذات الطبيعة التخصيصية الواقعة على السواحل المصرية .
ويصدر بتحديد هذه الموانئ ، وكذلك الشروط والإجراءات اللازمة لإنشاء تلك الموانئ قرار من رئيس الجمهورية بناء على عرض وزير النقل والمواصلات بالتنسيق مع الجهات المعنية .

(المادة الثانية)

على الجهة الراغبة في إنشاء ميناء تخصصي أن تتقدم بطلب بذلك إلى وزارة النقل والمواصلات، وترفق بطلبها خطة إنشاء الميناء ، وتقوم الوزارة بإجراء-

الدراسة الفنية لتقرير مدى صلاحية إنشاء الميناء المطلوب ، من حيث الموقع وإقامة المنشآت والتسهيلات الأرضية والمساعدات الملاحية اللازمة لخدمته .
وتخطر وزارة النقل والمواصلات الجهة الطالبة بالقرار الصادر بإنشاء الميناء، وتتولى الوزارة الإشراف الفني على تنفيذ الميناء خلال فترة التنفيذ .

(المادة الثالثة)

تعتبر الموانئ التخصيصية القائمة حاليا والتي تنشأ مستقبلا على السواحل المصرية مساوق خاضعة لإشراف وزارة النقل والمواصلات ، وذلك لضمان استمرار صلاحيتها للعمل من ناحيتي السلامة البحرية والحفاظ على البيئة البحرية .
ولو وزارة النقل والمواصلات أن ترخص للجهات المعنية في إدارة الموانئ التخصيصية وتشغيلها وصيانتها للغرض الذي خصصت من أجله .

(المادة الرابعة)

مع مراعاة أحكام قانون رسوم الإرشاد والتعويضات ورسوم الموانئ والمنائر والرسو والمكوث الصادر بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٣ يكون للوزير المختص الذي تتبعه الجهة القائمة بتشغيل الميناء أن يصدر قرارا بفئات التعريفات التي تخضع لها الوحدات البحرية التي تستخدم الميناء ومنشآته وتسهيلاته ، ويبين القرار إجراءات تحصيل هذه التعريفات وحالات الإعفاء منها .

(المادة الرابعة مكررا)

(مضافة بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨)

مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على المياه الإقليمية والأنظمة الخاصة بأمن الموانئ والسفن، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج لإنشاء موانئ عامة أو تخصصية أو أرصفة متخصصة في الموانئ القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها ، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة ، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ - .

• في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، ومراجعة القواعد والإجراءات الآتية :

(أ) أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية .

(ب) ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

(ج) أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد .

(د) أن يراعى الملتزم الحفاظ على الميناء أو الرصيف وجعله صالحا للاستخدام طوال مدة الالتزام .

(هـ) أن يلتزم بأحكام القوانين والقرارات المتعلقة بالموانئ وتنظيم الأنشطة التي تعمل بها .

(و) ألا ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء .

(ز) أن تتولى جميع المنشآت إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبجالة جيدة .

ويصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها - في حدود القواعد والإجراءات السابقة - قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص.

(المادة الخامسة)

يصدر وزير النقل والمواصلات اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون.

(المادة السادسة)

لا تخلى أحكام هذا القانون بالقواعد والأحكام الواردة بالاتفاقيات الدولية أو القوانين الصادرة في هذا الشأن .

(المادة السابعة)

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره.

يصمم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية في ٤ رمضان سنة ١٤١٦هـ (الموافق ٢٤ يناير سنة

١٩٩٦م) .

المذكرة الإيضاحية

مشروع القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦

نظرا لما أسفر عنه واقع العمل حاليا بالنسبة لإنشاء وإدارة واستغلال الموانئ التخصصية وقيام بعض الجهات غير التابعة لوزارة النقل البحري بإصدار قرارات تنظيمية لهذه الموانئ .

ولما كانت وزارة النقل البحري وفقا لقرار رئيس الجمهورية رقم ٩٨٥ لسنة ١٩٧٢ بتنظيم وزارة النقل البحري تختص طبقا للمادة الرابعة بالآتي :

(أ) رسم السياسة العامة والخاصة بإنشاء الموانئ والمناير وتطويرها وحماية الشواطئ بما يكفل رفع كفاءتها لمواجهة المتطلبات المتزايدة في حجم التجارة الدولية .

(ب) العمل على توفير جميع وسائل المساعدات الملاحية في المياه الإقليمية لتأمين سلامة الملاحة بها .

(ج) إقرار السياسة التي تقترحها الأجهزة التابعة للوزارة بشأن الإصلاحات والعمران اللازمة لوحدة النقل البحري وأساطيل الصيد .

(د) وضع الخطط التي تتضمن سلامة وحدات النقل البحري وكافة المنشآت الثابتة والمنقولة وكذلك الأجهزة والمعدات التي ترتبط بنشاط الوزارة والأجهزة التابعة لها وذلك بالتنسيق مع الأجهزة المختصة في الدولة .

ولضمان إنشاء تلك الموانئ على الأسس العلمية التي تتطلبها قواعد التشغيل بحري ولتأمين سلامة الملاحة وتوفير المساعدات الملاحية والحفاظ على البيئة البحرية من التلوث وتكامل خدمات الموانئ ، وكذا لضمان تطوير وصيانة هذه الموانئ التخصصية وتدعيم مراقبتها بما يكفل لها الاستمرارية ، فقد رأى إعداد قانون في شأن إنشاء الموانئ التخصصية .

«وقد أعد مشروع القانون المرافق متضمنا في ديباجته الإحالة إلى القوانين ذات الصلة والمتعلقة بمنسبة السفينة والرقابة عليها لتقرير مدى صلاحيتها للعمل والرسوم التي تخضع لها بالإضافة إلى تلك التي يقررها مشروع القانون .

كما عني المشروع بالإحالة إلى قرار رئيس الجمهورية رقم ٩٨٥ لسنة ١٩٧٢ بتنظيم وزارة النقل البحري وتحديد اختصاصاتها تأكيداً للاختصاصات المشار إليها بعاليه .

وقد عددت المادة الأولى من المشروع أنواع الموانئ التخصيصية بحسب أنشطتها، كما أوضحت المادة الثانية سبل إنشاء الميناء التخصيصي وما يتعين على الجهة الطالبة اتباعه من إجراءات والدور الذي تقوم به وزارة النقل البحري بناء على طلب وممّيز الجهة الطالبة .

كما أوضحت المادة الثالثة تبعية الموانئ التخصيصية المنشأة حالياً والموانئ التي تنشأ مستقبلاً باعتبار أن النصوص السابق توضيحها من القرار الجمهوري رقم ٩٨٥ سالف الذكر تقرر أن رسم السياسة العامة بإنشاء الموانئ وتطويرها والعمل على توفير وسائل المساعدات الملاحية في المياه الإقليمية لتأمين سلامة الملاحة هو اختصاص وزارة النقل البحري مما لا يسوغ معه تفتيت تبعية الموانئ المختلفة بين الجهات المعنية التي تباشر نشاطها فيه ، ومع تحويل وزارة النقل البحري صلاحية الترخيص للجهة الطالبة لتشغيل وإدارة الميناء للغرض الذي خصص من أجله .

وخولت المادة الرابعة من المشروع الوزير المختص الذي يتبعه الميناء التخصيصي صلاحية تحديد تعريف الخدمات التي تؤدي داخل الميناء نظير الانتفاع بالتسهيلات والخدمات الأخرى ولا يتعارض ذلك مع الرسوم المقررة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٢ كما عولته كذلك سلطة الإعفاء من تلك التعريفة . -

ويتشرف وزير النقل والمواصلات والطيران المدني بعرض مشروع القانون
مفرغا في الصيغة التي أقرها مجلس الدولة للتفضل بإصداره .

وزير النقل والمواصلات والطيران المدني

مهندس / سليمان متولى سليمان

القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦

تقرير لجنة النقل والمواصلات بمجلس الشعب

عن مشروع قانون في شأن الموانئ التخصصية

أحال المجلس بمجلسه المعقودة بتاريخ ١٩٩٤/١١/٩ ، إلى اللجنة ، مشروع
قانون في شأن الموانئ التخصصية ، انعقدت اللجنة أربعة اجتماعات لنظره في
١٨/١٢/١٩٩٤ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢/٣/١٩٩٥ حضرها السادة :

- ١- عادل حسني قاسم / وكيل أول وزارة النقل والمواصلات .
 - ٢- اللواء هاني حسني / وكيل أول وزارة النقل البحري .
 - ٣- المستشار محمود إمام عبد ربه / مستشار وزارة النقل البحري .
 - ٤- الدكتور تامر أبو بكر / نائب رئيس الهيئة العامة للبتترول .
 - ٥- حسين النويهى / رئيس الشؤون القانونية بهيئة قناة السويس .
 - ٦- مهندس عادل على راضى / رئيس الإدارة المركزية لتنمية المناطق السياحية
بوزارة السياحة .
 - ٧- الدكتور سيد رجب السيد/ المدير العام بمكتب السيد المهندس وزير النقل
والمواصلات .
- نظرت اللجنة مشروع القانون ومذكرته الإيضاحية واستعادت نظر الدستور
وراجعت أحكام القوانين والقرارات الجمهورية التالية:
- القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٤١ بشأن تسجيل السفن التجارية .

قانون رسوم الإرشاد والتعويضات ورسوم الموانئ والمناظر والرسو والمكوث الصادر بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٣ .

القانون رقم ٢٣٢ لسنة ١٩٨٩ في شأن سلامة السفن .

قانون التجارة البحرية الصادر بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

قرار رئيس الجمهورية رقم ٩٨٥ لسنة ١٩٧٢ بتنظيم وزارة النقل البحري وتحديد اختصاصاتها .

قرار رئيس الجمهورية رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٤ بإعادة تنظيم وزارة النقل .
وعليه فقد أعدت اللجنة التقرير السادس عشر عن هذا المشروع بقانون خلال دور الانعقاد العاды الخامس من الفصل التشريعي السادس إلا أنه لم يتسن عرضه على المجلس وقتئذ .

فقدت اللجنة اجتماعا نظره في ٢٤/١٢/١٩٩٥ حضره السيدان :

عادل حسني قاسم / مستشار السيد المهندس وزير النقل والمواصلات .

المستشار / مهندس محمود كامل/ المستشار القانوني لوزارة النقل .

وخلال الاجتماع المشار إليه استعادت اللجنة نظر التقرير المشار إليه عن مشروع القانون المعروض حيث وافقت عليه وتعرضه فيما يلي :

إنه لما كان من الضروري أن يكون إنشاء الموانئ التخصيصية كموانئ الصيد والتعدين والبستروال والسياحة وغيرها من الموانئ الواقعة على السواحل المصرية - على أساس علمية بحرية أمر تحتمه مقتضيات تحقيق سلامة الملاحة والحفاظ على البيئة البحرية من التلوث، وإمكان تكامل خدمات الموانئ ، وتدعيم مرافقها بما يكفل لها الاستمرارية ، الأمر الذي يقتضى معه أن يكون إنشاء وإدارة واستغلال الموانئ المشار إليها آنفا بقرار من وزارة النقل والمواصلات. خاصة وإن القرار الجمهوري رقم ٩٨٥ لسنة ١٩٧٢ بتنظيم وزارة النقل البحري وتحديد اختصاصاتها، -

— قد أنط بوزارة النقل البحرى ، الوفاء بمتطلبات الاقتصاد القومى فيما يتعلق بقطاع الملاحة البحرية وصناعات النقل البحرى والعمل على تنشيطها، وعليه فقد نصت الفقرات ١٢، ١٣، ١٧ من المادة الثانية من القرار المشار إليها على ما يلى :

مادة ٢- تباشر الوزارة الاختصاصات الآتية :

١٢- رسم السياسة العامة المتعلقة بإنشاء الموانئ والمنائر وتطويرها وحماية الشواطئ بما يكفل رفع كفاءتها لمواجهة المتطلبات المتزايدة فى حجم التجارة الدولية .

١٣- العمل على توفير جميع وسائل المساعدات للملاحة البحرية فى المياه الإقليمية لتأمين سلامة الملاحة فيها .

١٧- وضع الخطط التى تتضمن تأمين سلامة وحدات النقل البحرى وكافة المنشآت الثابتة والمتنقلة وكذلك الأجهزة والمعدات التى ترتبط بنشاط الوزارة والأجهزة التابعة لها وذلك بالتنسيق مع الأجهزة المختصة فى الدولة .

أيضا ولما كانت الفقرة الأولى من المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٤ بإعادة تنظيم وزارة النقل قد تضمنت النص على ما يلى :

تهدف وزارة النقل إلى ما يأتى :

١- تلبية احتياجات النقل بالبلاد بما يتمشى مع خطط التنمية القومية بوضع خطة شاملة لوسائل النقل ومرافقه وشبكاته فى إطار خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية بما يكفل تحقيق التنسيق والتكامل بينها وتحقيق الربط بين أنشطتها وأنشطة القطاعات الأخرى، والعمل على تطويرها وفقا لأحدث الأساليب العلمية والتكنولوجية بما يحقق الاستفادة منها بأكبر قدر ممكن من الكفاءة الفنية، وعلى أساس اقتصادى أمثل مع العمل على صيانتها وتأمين سلامتها،=

-وتوفير العمالة الفنية المتخصصة في فروع النقل المختلفة ورفع الكفاءة الإنتاجية للعاملين بمرافق النقل .

وإعمالاً للقواعد القانونية المشار إليها فقد أعد مشروع القانون المعروض بهدف توحيد جهة الإشراف على إنشاء وإدارة واستغلال الموانئ التخصصية كموانئ الصيد والتعدين والبتروك والسياحة وغيرها من الموانئ ذات الطبيعة التخصصية الواقعة على السواحل المصرية وإسنادها لوزارة النقل والمواصلات باعتبارها الجهة المختصة بذلك قانوناً ، هذا وقد احتوى مشروع القانون المعروض على ست مواد تضمنت المادة الأولى منه النص على سريان أحكام هذا المشروع بقانون على موانئ الصيد والتعدين والبتروك والسياحة وغيرها من الموانئ ذات الطبيعة التخصصية الواقعة على السواحل المصرية .

كما أوضحت المادة الثانية الالتزامات التي تقع على عاتق الجهة الراغبة في إنشاء ميناء تخصصي ، والمتثلة في أن على الجهة طالبة إنشاء الميناء أن تقدم بطلب الإنشاء إلى وزارة النقل والمواصلات مرفق بطلبها خطة إنشاء الميناء ، بحيث تقوم الأخيرة بإجراء الدراسة الفنية لتقدير مدى صلاحية إنشاء الميناء المطلوب من حيث الموقع وإقامة المنشآت والتسهيلات الأرضية والمساعدات الملاحية اللازمة لخدمته ، ثم يصدر بإنشاء الميناء التخصصي قرار من وزير النقل على أن يعقد الإشراف الفني لوزارة النقل خلال فترة التنفيذ.

أما المادة الثالثة ، فقد أسندت تبعية كافة الموانئ التخصصية المنشأة حالياً أو التي تنشأ مستقبلاً لإشراف وزارة النقل باعتبارها جهة الاختصاص الأصيل في رسم السياسة العامة لإنشاء الموانئ والمناظر وتطويرها والعمل على توفير المساعدات للملاحة البحرية في المياه الإقليمية لتأمين سلامة الملاحة فيها وحماية الشواطئ ، بما يكفل رفع كفاءتها لمواجهة المتطلبات المتزايدة في حجم التجارة الدولية الأمر -

الذى لايسوغ معه تفتيت تبعية الإشراف على تلك الموانئ بين الجهات التى تباشر نشاطها فيه ، وحتى تكون هناك مرونة فى إدارة وتشغيل تلك الموانئ وصيانتها لإمكان تحقيق أغراض إنشائها ، لذلك فقد أجازت الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من المشروع بقانون - لوزارة النقل أن ترخص للجهات المعنية فى القيام بأعمال الإدارة المشار إليها .

هذا وقد غولت المادة الرابعة من مشروع القانون المعروض الوزير المختص الذى تتبعه الجهة القائمة بتشغيل الميناء سلطة إصدار قرار بتحديد التعريفات التى تخضع لها الوحدات البحرية التى تستخدم الميناء ومنشآته وتسهيلاته، كما يبين القرار المشار إليه إجراءات تحصيل هذه التعريفات وحالات الإعفاء منها وذلك بما لا يعارض وأحكام قانون رسوم الإرشاد والتعويضات ورسوم الموانئ والمنابر والرسو والمكوث الصادر بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٣ .

أيضا ورب قائل أنه كان يجب النص على وضع حد أقصى للتعريفات التى ستفرض على الوحدات البحرية التى تستخدم الميناء ومنشآته وتسهيلاته وردا على ذلك فإن اللجنة تؤكد أن هذا التخوف لا محل له، وخاصة أن القرار الصادر بتحديد التعريفات - وفقا لأحكام مشروع القانون المعروض - سيلتزم بكل من الفئات والحدود والأوعية المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٣ المشار إليه. أيضا ولما كان من المقرر قانونا أن من شأن الاتفاقيات الدولية ترتيب حقوق وإنشاء التزامات بين الأطراف المتعاقدة ، تكون لها قوة القانون بعد إلزامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة لذلك فقد تضمنت المادة الخامسة من مشروع القانون عدم إخلال أحكام هذا المشروع بقانون بالقواعد والأحكام الواردة بالاتفاقيات الدولية أو بالقوانين الصادرة فى هذا الشأن . -

وأخيراً فإن المادة السادسة من هذا المشروع بقانون تتعلق بتحليل بدء سريان هذا المشروع بقانون المعروض .
هذا وقد رأت اللجنة إدخال بعض التعديلات على نصوص المواد الواردة به كان من أهمها ما يلي :

١- استحدثت اللجنة مادة جديدة تحت رقم (٢) نصها الآتي :
١- " يحدد وزير النقل والمواصلات بقرار منه الموانئ ذات الطبيعة التخصصية وكذلك الشروط والإجراءات اللازمة لإنشاء تلك الموانئ بالتنسيق مع الجهات المعنية .

هذا وقد استحدثت اللجنة المادة المشار إليها ، بهدف ضرورة وضع الأمور في نصابها بحيث يجب تحديد مدلول الميناء التخصصي، وذلك بالتنسيق مع الجهات المعنية في هذا الخصوص، خاصة وأن مشروع القانون المعروض قد جاء خلواً من تعريف الميناء التخصصي حيث أورد أمثلة للموانئ التخصصية .

٢- استبدال عبارة " موانئ خاضعة لإشراف وزارة النقل والمواصلات " الواردة بالفقرة الأولى من المادة الثالثة بعبارة " من الموانئ الخاضعة لإشراف وزارة النقل " .
هذا وقد أدخلت اللجنة التعديل المشار إليه إحكاماً للصياغة وحتى يحقق الغاية المنشودة من وراء إصدار مشروع القانون المعروض التي تتمثل في كفالة حق وزارة النقل والمواصلات في الإشراف على كافة الموانئ التخصصية تحقيقاً للصالح العام .

٣- استحدثت اللجنة مادة جديدة تحت رقم (٦) نصها الآتي :
" مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر، يعاقب بالحبس وبغرامة تعادل ضعف قيمة الأعمال المخالفة بما لا يقل -

٢٠١- رقابة وإشراف جهة الإدارة على الملتزم:

يقع على جهة الإدارة أثناء سريان عقد الالتزام مسئولية الإشراف الفعال على الملتزم من أجل ضمان حسن سير المرفق طبقاً لشروط عقد الالتزام وطبقاً للمصلحة العامة لجمهور المنتفعين .

عن خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من يخالف أحكام المادة الثانية من هذا القانون ، وتزال المخالفة بالطريق بالإدارى على نفقه المخالف".
هذا وقد استحدثت اللجنة مادة جديدة تحت رقم "٧" نصها الآتى :
" يصدر وزير النقل والمواصلات اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون".

هذا وهذا استحدثت اللجنة نص المادة المشار إليها لإمكان تحقيق المرونة لتنفيذ أحكام هذا القانون خاصة وأن إعمال مواده تستتبع ضرورة إصدار قرارات وزارية منفذة لهذه المواد سيما وأن مشروع القانون قد جاء خلوا من هذا النص.
٥- استبدال عبارة " أو بالقوانين الخاصة الصادرة في هذا الشأن" الواردة بعجز المادة الخامسة من مشروع القانون المعروض بعبارة " أو القوانين الخاصة التى تصدر فى هذا الشأن " هذا وقد أقرت اللجنة التعديل المشار إليه حتى يكون هناك اتساق مع ما يقتضيه مبدأ الموازنة التشريعية .
واللجنة توافق على مشروع القانون ، وترجو المجلس الموقر الموافقة عليه معدلا بالصيغة المرافقة .

رئيس اللجنة

دكتور مهندس / سعد إبراهيم الخوالقة

وكثيرا ما ينص في عقد الالتزام على ماهية الرقابة والإشراف الذى يثبت لجهة الإدارة على المرفق والإجراءات التى تتبعها فى سبيل ذلك .
وهذه السلطة تثبت أيضا لجهة الإدارة ، ولو لم ينص عليها فى عقد الالتزام وهذه الرقابة تكون رقابة شاملة سواء من الناحية الفنية أو الإدارية أو المالية ويكون لمناح الالتزام الحق فى أن يعهد إلى أية هيئة عامة أو خاصة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من كافة النواحي .

وقد نصت المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدلة بالقانونين رقمى ٤٩٧ لسنة ١٩٥٧ ، ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ على أنه : "لمناح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية .

وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق - ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمناح الالتزام .

ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير مناح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام ، أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية ، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة .

كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة .

وفي هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي نيط بها لرقابتها ، وتقدم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام .

وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة وفقا للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام في فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق في أى وقت " .

كما نصت المادة الخامسة على أن لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل ^(١).

(١) وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ ما يأتي :

" حق الرقابة على الملتزم حق أساسى مرده فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه ، وهو حق ثابت للجهة مانحة الإلتزام ولو لم ينص عليه في العقد، بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام وقد تضمن المشروع المقترح تعديل نص =

المادة ٧ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المشار إليه بما يكفل تحقيق رقابة أدق وأوفى على الملتزم لكفالة سير المرفق العام، فأكد لمانع الالتزام من حق تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق لمراقبة إنشاء المرفق العام وضمان سيره من النواحي الفنية والمالية .

غير أن الصورة المتقدمة من الرقابة قد لا تكفي بذاتها لتأمين سير المرفق العام وتقضى على ما قد يصيب المرفق من اختلال في مناحي سيره وأوجه الخدمات التي قدمها ، لذلك روى أن تكون الرقابة على إنشاء هذه المرافق وسيرها أدق وأوفى فلا تقف الجهة مانحة الالتزام عند وسيلة بعينها بل تترخص في الجمع بين صور عدة من الرقابة أوفى اختيار بعضها دون الآخر وفقا لاحتياجات المرفق. وتحقيقا لهذه الغاية أضيف النص على جواز تكليف ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق العام وسيره من النواحي المالية ، وأن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة .

كما أجاز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة .

ولئن كان المشروع قد تضمن صوراً متعددة من الرقابة لكفالة سير المرافق العامة وانتظامها إلا أن اختيار أحد هذه الوسائل أو الجمع بينها مرده إلى الوزير المختص (أو الجهة المختصة) إذ يترخص في تقدير ملائمة كل منها لاحتياجات المرفق وما يقتضيه نظام سيره بما يحقق المصلحة العامة، فعلى ضوء احتياجات المرفق العام يقرر الوزير اختيار ما يناسبها من وسائل الرقابة وما يتلاءم معها من صورها فلا يجمع بين أكثر من صورة منها إلا إذا قدر أنها أدعى إلى تأمين سير المرفق وتغليب المصلحة العامة التي تنغيها العقود الإدارية".

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

١ - " إذا كان القرار الإداري هو عمل قانوني غير تعاقدى يصدر عن إرادة منفردة من جانب إحدى السلطات الإدارية ويحدث بذاته آثاراً قانونية معينة متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً فإن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية ، بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العام كما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح أو بمنح المتعاقد مع الإدارة فيه حقوقاً لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام أو تسييره أو استغلاله تحقيقاً للنفع العام ، فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة إذ بكفى المتعاقدين غير متكافئة في العقد

الإدارى تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة في هذا الأخير سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وكذا حق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إدارى دون رضا هذا المتعاقد لإنهاء مبسراً ودون تدخل القضاء ، هذا إلى أن العقد الإدارى تتبع في إبرامه أساليب معينة كالمنافسة أو المزايدة العامة أو الممارسة ويخضع في ذلك لإجراءات وقواعد مرسومة من حيث الشكل والاختصاص وشرط الكتابة فيه التى تتخذ عادة صورة دفتر شروط ملزم إذا أبرم بناء على مناقصة أو مزايدة عامة أو تتم بممارسة جاوزت قيمتها قدرأ معيناً " .

(طعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥)

٢- "إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، كما يترتب عليها

كذلك أن للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه ، وذلك كله على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز للطرف الآخر أن يستقل بتعديل شروطها أو فسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر، وإذا ما لجأت الجهة الإدارية إلى إنهاء العقد على هذا النحو وفقا لهذه الأسس فإن العقد ينحل ويعتبر كأن لم يكن ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد فبرد كل منهما إلى الآخر ما تسلمه فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " .

(طعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢)

٢٠٢. استرداد الالتزام قبل نهاية مدته :

يجوز لجهة الإدارة بإرادتها المنفردة استرداد الالتزام قبل نهاية مدته ، فذلك مما يدخل في مطلق تقديرها . ولا يكون سببه حدوث تقصير أو أخطاء من جانب الملتزم وإنما رغبة الإدارة في تحسين سير المرفق العام وإدارته بالطريق المباشر. وهو بهذا الشكل يتميز بميزة واضحة عن السقوط أولاً : لأنه ليس هناك تقصير جدى من جانب الملتزم في قيامه بأعباء المرفق وثانياً : لأن الاسترداد يقتضى أن تدفع الإدارة للملتزم تعويضا يغطى ما فاتته من ربح وما حل به من خسارة.

وقد نصت المادة الرابعة من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أنه يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته . وهذه.

المادة تكفل تقدير التعويض للمتلمزم . غير أن حق جهة الإدارة في سحب الالتزام أو إسقاطه قبل نهاية مدته ، ثابت لها باعتباره نوعاً من الإلغاء الذي يجوز للإدارة أن تقوم به بمفردها بغير حاجة إلى نص في العقد. وذلك إذا توافر شرطان : أولهما ، أن يرتكب المتلمزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسيير المرفق بانتظام . وثانيهما ، وجوب إنذار المتلمزم قبل توقيع الجزاء^(١) .

وفي هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" .. العبرة دائماً بالمعاني لا بالألفاظ، فسحب الالتزام أو إسقاطه كلامهما من الألفاظ المترادفة لمعنى واحد هو رفع يد المتلمزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها المتلمزم مع قيام حق ممانح الالتزام في هذه الحالة في الاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبراً عن المتلمزم ، وليس صحيحاً في القانون أن هذا الجزاء لا يجوز توقيعه إلا بحكم من المحكمة المختصة، إذ أن ممانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام المتلمزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد، فله - بقرار منه - توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات المتلمزم على حسابه ، وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلاً لضمان سير المرفق، كما يثبت لمانح الالتزام دائماً- بجانب هذه الجزاءات-

(١) مصطفى أبو زيد فهمي ص ٢٧١ وما بعدها - محمد فؤاد عبد الباسط ص ٤٦١ .

إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً جزئياً أو كلياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة، غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بانستظام، وثانيهما وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء- وقد توافر الشرطان السابقان في النزاع الماثل ."

(طعن رقم ١١٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٣٠)

وإذا أنهت جهة الإدارة الالتزام بالاسترداد أو الإسقاط وعاد المرفق إليها، فإنها لا تلتزم بشئ من الديون ما لم ينص في عقد الالتزام على التزامها بذلك، ذلك أن الملتزم لا يعتبر في قيامه بإدارة المرفق وكيلاً عن جهة الإدارة ، كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " القاعدة في عقود التزام المرافق العامة هي أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وتبعاً لذلك فإن جميع الديون التي تترتب في ذمة الملتزم أثناء قيامه بإدارة المرفق تعد التزاماً عليه وحده ومن ثم فلا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها فإذا هي أنهت الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها فإنها لا تلتزم بشئ من هذه الديون ما لم ينص في عقد الالتزام على التزامها به ، ذلك أن الملتزم لا يعتبر في قيامه بإدارة المرفق —

لحسابه - وكيلًا عن جهة الإدارة كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له " .

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

٢- " القاعدة في عقود التزام المرافق العامة هي أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسؤوليته ، وتبعًا لذلك فإن جميع الديون التي تترتب في ذمته أثناء قيامه بإدارة المرفق تعتبر التزاما عليه وحده ولا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها فإذا انتهى عقد الالتزام وعاد المرفق لجهة الإدارة فإنها لا تلتزم بشئ من هذه الديون إلا إذا وجد نص في عقد الالتزام يلزمها بها، ذلك أن الملتزم في إدارته المرفق لا يعتبر وكيلًا عن جهة الإدارة ، كما أن هذه الجهة لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٣٠)

٣- " إسقاط الالتزام من شأنه - وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة - أن يضع حدا فاصلا بين إدارة الملتزم وإدارة الدولة للمرفق ، وتكون جميع الالتزامات المترتبة في ذمته أثناء هذه الإدارة عليه وحده ، ولا شأن لجهة الإدارة بها ما لم ينص في عقد الالتزام أو غيره على خلاف ذلك أو كيفية تسوية حقوق الدائنين ، وإذا اعتبر الحكم المطعون فيه الطاعة - هيئة النقل العام بمدينة القاهرة - خلفًا لشركة الترام ، وألزمها على هذا الأساس

وحده بجزء من التعويض المحكوم به للمطعون عليه الثالث- على الشركة المذكورة- فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون وبالقصور في التسييب " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١١/٣٠)^(١)

(١) كما قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان بين من الأوراق أن الإدارة قد تولت بنفسها تسيير المرفق مؤقتا بموجوداته وعماله وموظفيه نفاذا للأمر العسكري رقم ٨٩ سنة ١٩٥٤ الصادر بالاستيلاء المؤقت على المرفق ثم عادت وأسقطت الالتزام عن الملتزم السابق وظلت تدير المرفق حتى وضعت قائمة شروط جديدة لتسييره كان من بينها التزام الملتزم الجديد بتشغيل عمال الملتزم السابق بحيث تكون له الخيرة في الاستغناء ممن يرى الاستغناء عنه من كبار موظفي الملتزم السابق ومن بينهم المطعون عليه الأول فلم يشأ الملتزم الجديد إبقاء الأخير وأخطر بذلك جهة الإدارة التي قامت بإنهاء العقد (المحدد المدة) وتحديد مكافأته ، وكان موذى ذلك أن إنهاء العقد قد وقع بناء على عمل إيجابي من جانب الإدارة بعد أن قبلت تنفيذ المدة من وقت الاستيلاء على المرفق - وبعد إسقاط الالتزام- حتى تاريخ إنهاؤها للعقد ، فحققت بذلك مساهمتها عن هذا الإنهاء وما يترتب عليه من نتائج ، وذلك بصرف النظر عن البحث في آثار إسقاط الالتزام ومدى تقيد جهة الإدارة بآثار العقود والالتزامات المبرمة بين الملتزم السابق والغير . ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ أسس قضائه بالتعويض عن فسخ الإدارة عقد المطعون عليه الأول من جانب واحد قبل انتهاء مدته ، لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٣)

٢٠٢- حقوق الملتزم :

يتولد عن عقد الالتزام بداهة حقوق للملتزم ، وهذه الحقوق يمكن إجمالها فيما يلي :

١- الانفراد باستغلال المرفق العام عن طريق الامتياز أو عن طريق الاحتكار . فقد يمنح الملتزم حق الامتياز ولا يمنح حق الاحتكار، ومن ثم يكون لغيره من الأفراد أو الشركات استغلال المرفق ، أى لا يمنح من استغلاله، ولكن تتعهد جهة الإدارة بالامتنع غيره من المنافسين التسهيلات التى تمنحها إياه ، كالترخيصات اللازمة والإعانات ^(١). فيصبح الملتزم محتكرا للمرفق احتكارا فعليا .

ويمنح الملتزم الاحتكار القانونى عادة فى المرافق العامة التى لا تتحمل المنافسة، إذ يكون فيها ضياع للأموال والجهود مثل مرفق السكك الحديدية فى منطقة معينة لا يحتمل أن يديره أكثر من ملتزم واحد، وإلا كانت الجهود والأموال التى تبذل فى إدارة المرفق مضاعفة فى غير فائدة تعود على العميل ، إذ أن حمايته مكفولة من غير حاجة إلى المنافسة ^(٢).

٢- تمكين الملتزم من القيام بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق واستغلاله: وأول الوسائل المؤدية لذلك منح الملتزم التراخيص الإدارية اللازمة، وأن تسمح له باستعمال الطريق العام أو الأموال العامة التى يلزم استعمالها لإدارة المرفق .

(١) قدرى الشهاوى ص ٣٥٤ وهامش (١٩) .

(٢) السنهورى ص ٣٥٨ .

وقد تمنح الجهة الإدارية للملتزم معونة مالية في صور مختلفة أو قروضا ترد على آجال طويلة ، ليستعين بها في تسيير المرفق .

٣- اقتضاء رسم من المتفعين بخدمات المرفق :

للملتزم الحق في أن يتقاضى رسوما من المتفعين بخدمات المرفق العام . وهذه الرسوم إنما هي مقابل الخدمة التي يقدمها لهم . وهي في الوقت نفسه على جانب كبير من الأهمية إذ أنها المورد الرئيسى الذى يتفق منه الملتزم على إعداد المرفق ونشاطه . وهذا الرسم تسرى عليه أحكام القانون الإدارى . ويكون للسلطة الإدارية وحدها حق تقرير هذا الرسم ، وتعديله أيضا بالرفع أو الخفض طبقا لمقتضيات المصلحة العامة .

وقد نصت المادة الثانية من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أن يكون لمانح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التى تحدد في وثيقة الالتزام .

ولا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال . وما زاد على ذلك من صافي الأرباح يستخدم أولا في تكون احتياطي خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن عشرة في المائة .

وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي عشرة في المائة من رأس المال ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد في تحسين وتوسيع المرفق العام أو في خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام (٣م) .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ١٢٩ سنة ١٩٤٧ أن هذه المادة تنص على أنه لا يجوز أن يتجاوز حصة الملتزم الأولى في صافي أرباح استغلال المرفق عشرة في المائة من رأس المال الموظف في المرفق والمرخص فيه من مانح الالتزام . ويجب أن يكون هذا المبلغ الحد الطبيعي لجزاء الملتزم، إذ لا يجوز أن يطمع كما هو الحال في المشروعات الصناعية أو التجارية في أرباح غير محدودة ، فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التي تكون لمثل هذه المشروعات حيث يجب أن يقابل أخطارها الكبرى الأقل في أرباح لا تكون دون تلك الأخطار كبرا وقدرا. والحق أن الملتزم يتمتع بمركز ممتاز، فإن له غالبا احتكار بحكم القانون أو الواقع يقيه المنافسة.

ومن جانب آخر فإن نظرية الظروف غير المتوقعة التي تقررها المادة السادسة من القانون تجعل الملتزم بمنحاة من الأخطار الكبرى التي تنتج عن حوادث لم يكن يستطيع توقعها . والتي تجعل استغلال التزام المرفق العام يعود عليه بالخسارة، وأخيرا فقد استقر الرأي في السنوات الأخيرة على وجه الخصوص في الفقه الفرنسي على أن ما في التزام المرافق العامة من صفة

المصلحة العامة وماله من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يجنى من استغلالها أرباحا باهظة يقع ضررها على الأخص على المتفعين بها .
ويستند القانون في تحديد حصة الملتزم الأصلية بعشرة في المائة إلى التشريع البريطاني، ففي بريطانيا قوانين قديمة عن الالتزام الخاص بتوزيع المياه والإنارة والغاز

" The water Clause Act 1843 the Gasworks Clauses"

تنص على أنه لايجوز أن تجاوز أرباح الملتزم النسبة المحددة في وثيقة الالتزام (وهي عادة عشرة في المائة من رأس المال الموظف) ، فإذا لم تذكر أية نسبة منها فإنها تكون عشرة في المائة . على أنه إذا زيد رأس المال فإن النسبة تخفض إلى سبعة في المائة فيما يختص بالأرباح الناتجة من هذه الزيادة إذا كانت بطريق إصدار أسهم عادية وإلى خمسة في المائة إذا كانت بطريق إصدار سندات .

وقد رُئى من الأوفق أن يتخذ رأس المال الموظف في جملته قاعدة للحساب على فرض أن مانح الالتزام أذن مقدما في الحالتين بتحديد قدر المال الموظف وأن يطبق على هذا القدر أصلا وزيادة نسبة واحدة قدرها عشرة في المائة ومزاد على هذا الربح يخصص بادئ ذي بدء لتكوين احتياطي يأخذ منه الملتزم ما يكفى ليكمل به حصة العشرة في المائة التي سبق ذكرها عندما لاتبلغ الأرباح هذه النسبة . فإذا بلغ الاحتياطي المذكور عشر رأس المال الموظف جاز أن يقسم فائض صافي الأرباح بين الملتزم ومانح الالتزام وفقا لنسب تبين في عقد الالتزام أو أن يستخدم في تحسين

المرفق وتوسيعه أو في خفض الأسعار. ويجوز أن ينص عقد الالتزام على تطبيق اثنين منها دون الثالث ، فإذا لم ينص على شيء من ذلك كان لمناح الالتزام أن يقرر أى حل من الحلين الآخرين اللذين ذكرا في القانون يطبق بالنسبة لفائض الأرباح إذا كان الحل الأول غير مقصود في هذه الحالة ومناح الالتزام لم يتفق عليه مع الملتزم عند منح الالتزام” .

٤- التوازن المالى للمرفق :

إن الملتزم عندما قبل إدارة المرفق العام كانت لديه فكرة عن مدى حقوقه ومسدى التزاماته ، وكانت نسبة تلك الحقوق إلى تلك الالتزامات تكون التوازن المالى للعقد ، إذ أن ماله من حقوق تعادل أو ترجح - في نظره- ما عليه من التزامات وعلى هذه فقد قبل المخاطر المالية للمشروع بما تحمله تلك المخاطر من احتمال الربح والخسارة .

وهذا التوازن المالى للعقد، أى التوازن بين الحقوق والالتزامات يمكن أن يختل على إثر عوامل ثلاثة :

الأول: تعديلات تدخلها الإدارة على الشروط اللاحقة - كأن تنقص الرسوم مثلاً فتزيد من أعباء الملتزم . فتلحق به خسارة فادحة .
الثاني : إجراءات عامة إدارية أو تشريعية تصدرها الدولة ولا تعنى بها الملتزم بالذات وإنما تعنى بها الكافة ولكن يترتب عليها زيادة أعباء الملتزم، وتلحق به خسارة فادحة.

الثالث : حوادث طارئة غير متوقعة تأتي فتلحق به خسارة فادحة .
فأما عن العامل الأول ، فمن حق الملتزم أن يعرض عنه تعويضا كاملا
لا يشمل فقط ما يكون قد لحقه من خسارة ولكن أيضا ما فاتته من ربح
عادي معقول . فإذا لحقته خسارة ما أو نقصت أرباحه العادية كان له أن
يطالب بتعويض كامل عن ذلك ووجب على الإدارة أن تلبيه إلى طلبه .
أما عن العامل الثاني، وهو ما يطلق عليه المخاطر الإدارية فإنه يؤدي
إلى تطبيق نظرية فعل الأمير أو عمل الحاكم .

وأما العامل الثالث ، فهو يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي
نقلت من القانون الإداري إلى القانون المدني .

والإدارة في سبيل تحقيق التوازن المالي لها تعديل شروط عقد الالتزام أو
رفع الأسعار حتى لا يتحمل الملتزم وحده كل الخسارة التي نبهت عن هذه
الظروف الطارئة .

وتحقيق التوازن المالي للمرفق العام يحقق المصلحة المالية للمتعاقد وحقه
في التوازن المالي للعقد، ويحقق أيضا حماية المصلحة العامة ومصلحة المرافق
العامة، لأن إهدار مصالح المتعاقد المشروعة تضر بالمصلحة العامة من حيث
أنها لا تشجع الأفراد والشركات الكبرى على الإقبال على التعاقد مع
الإدارة .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" إن تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري
تطبيقا لنظرية فعل الأمر مناطه توافر شروط هذه النظرية ، ومن بينها شرط

أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة ، فإذا صدر هذا الفعل عن شخص معنوى عام غير الذى أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمر وامتنع بذلك تطبيق أحكامها ، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذا ما توافرت شروطها .

و طعن رقم ١٥٦٢ لسنة ١٠ ق ، ٦٧ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٨/٥/١١
وفي الوجه المقابل إذا طرأت ظروف غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين تحقق للملتزم بسببها أرباح عادية لم تكن تتوقع وقت منح الالتزام وكان هذا الإخلال مبررا لإعادة النظر في الشروط الأصلية الواردة في الالتزام بالنزول بالأرباح الباهظة إلى القدر المعقول ، وأوجب ما يكون هذا الحل إذا كانت هذه الأرباح ناتجة عن أسعار مرتفعة جدا تحول دون وفاء المرفق العام بمحاجات الجمهور أو تحقيق الضرورات العامة التي اقتضت إنشائه^(١).

وقد نصت على ذلك المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بقولها : " إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولايد لمانع الالتزام فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالى للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدرا وقت منح الالتزام جاز لمانع الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو خفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" إن تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر ، لم تكن في حسابان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ومودى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي أحاقّت به طول فترة الظرف الطارئ وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه ، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية " .

(طعن رقم ١٥٦٢ لسنة ١٠ق، ٦٧ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٨/٥/١١)

٢- " إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة وذلك بأن يودى التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل وهذا يقتضى من الطرفين التمسك والمشاركة .

للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات . فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإدارى ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يتحملها أى متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها فيعوضه عنها تعويضا جزئيا ، وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن محل اتفاق بينهما ومودى ذلك أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الإدارى، هذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضا لكفالة تنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلباً لاقتصاديات العقد ، على أن التعويض الذى يدفعه الدائن يكون تعويضا جزئيا عن الخسارة المحققة التى لحقت بالمدين ، ولما كان التعويض الذى يدفع طبقا لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطي إلا جزءا من الأضرار التى تصيب المتعاقد فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة، ومن ثم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر

في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك وحدة ويفحص في مجموعه لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها ، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة ، ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد " .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١٧)

أما تعديل العقد بعد إبرامه بإرادة مشتركة سوية لطرفيه معا شأن ما يترتب في علاقات الأفراد فيما بينهم فلا يترتب لأى منها مثل هذا الحق في التعويض إلا بقدر ما يثمره اتفاقهما المشترك .
وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" ومن حيث أن حق التعاقد في العقد الإدارى في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الادارة سلطاتها في تعديل العقد وتخويله بما يتلاءم والصالح العام ، إنما ينصرف أثره وتقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وإبرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق العام- أما تعديل العقد بعد إبرامه بإرادة مشتركة سوية لطرفيه معا شأن ما يترتب في علاقات الأفراد فيما بينهم فلا يترتب لأن منهما مثل هذا الحق في التعويض إلا بمقدار ما يثمره اتفاقهما المشترك ، كذا فإن إعفاء التعاقد مع الإدارة من تنفيذ بعض التزاماته ومباشرة جهة الإدارة تنفيذها

بنفسها في إطار من حقها المقرر في التنفيذ المباشر بعد أن يثبت تعثره في هذا التنفيذ وتقاومه عن النهوض بمقتضياته ، لا يستوى مسوغا لتعويضه عن هذا الإعفاء وإنما وعلى نقيض ذلك قد يستقيم وجهها لمساءلته عن إخلاله بالتزامه وترتيب مسؤوليته قبل جهة الإدارة عن هذا الخطأ العقدي ... إلخ " .

(طعن رقم ٥٦٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٥/٤/١٩٧٨)

غير أن جهة الإدارة لا تسأل عن اختلال التوازن المالي الذي يحدث نتيجة خطأ الملتزم ونزوله في إدارة المرفق عن عناية الشخص المعتاد ، إذ يجب أن يتحمل هو ما ينجم له من خسارة .

٢٠٤- واجبات الملتزم :

تقع على عاتق الملتزم عدة واجبات ، تخلص فيما يلي :

١- إقامة وتشديد المباني والمنشآت اللازمة لتسيير المرفق . لأن كثيرا ما يحتاج المرفق إلى إنشاءات لازمة لتسييره . فمرافق النور والغاز تحتاج إلى مواسير في جوف الأرض، وإعداد أجهزة الكهرباء وتقطير المياه . وما إلى ذلك . والغالب أن الذي يدفع جهة الإدارة إلى الالتحاء إلى طريقة الالتزام هو ما يتكلفه المرفق من نفقات باهظة في إقامة المنشآت اللازمة لتسييره، مما يجعلها تفضل أن تدير المرفق بطريق الالتزام ، فيتحمل الملتزم هذه النفقات حيث يستردها على المدى الطويل عن طريق استغلال المرفق وقد كفلت المادة ٨ مكررا من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المضافة

بالقانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥م عدم الحجز أو اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل في المرافق العامة أن تتولاها الدولة إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تعهد بإدارتها إلى فرد أو شركة . وسواء كان استغلال الدولة للمرفق العام بنفسها أو عهدت به إلى غيرها فإن مبدأ وجوب اضطراد المرفق وانتظامه يستلزم أن تكون الأدوات والمنشآت والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرفق بمنحاة من الحجز عليها شأنها في ذلك شأن الأموال العامة . وهذه القاعدة هي التي تعد من أصول القانون الإداري قد كشف عنها المشرع في القانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ - الذي أضاف المادة ٨ مكرر لقانون المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لتقضى بأنه " لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة " .

(طعن رقم ١٧٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

٢- إدارة المرفق وهذا هو الالتزام الجوهري في ذمة الملتزم ، ومن أجله منح الالتزام . ويلتزم الملتزم في إدارة المرفق بتنفيذ كافة الشروط الواردة بالعقد، وعادة توجد هذه الشروط مملحق يسمى دفتر الشروط .

وهذه الإدارة تقتضى من الملتزم وجوب مراعاة القواعد الأساسية في سير المرافق العامة : مراعاة مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتسوية في المعاملة بين جميع المتفعين الذين يوجدون في نفس الظروف ، ومبدأ سير

المرافق العامة بالسهر المتواصل على المرفق ليقدم خدماته للمتفعين بانتظام واطراد.

ويجب أن يخضع الملتزم لإشراف وتوجيه جهة الإدارة، وأن ينفذ الأوامر التي توجهها إليه الإدارة أو من يمثلها في نطاق سلطتها في التوجيه والإشراف . ولا يعفى المتعاقد من التزاماته إلا بسبب القوة القاهرة وحدها. وقد سبق أن ذكرنا أن مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل في كل وقت يقضى بتنفيذ ما تجر به الإدارة من تعديلات على شروط العقد اللائحية مع المطالبة بالتعويض بعد ذلك إن كان له محل . وقد سبق أن عرضنا لذلك تفصيلا في موضعه .

ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن التزاماته أو يحيلها لغيره ، كما لا يجوز له تنفيذها عن طريق مقاولين من الباطن إلا بموافقة صريحة وكتابية من جهة الإدارة .

وإذا حدث أن تنازل المتعاقد عن التزاماته أو بعضها فإن هذا التنازل لا يعتد به ويقع لا غيا أو باطلا، كذلك لو تعاقد من الباطن فإن هذا التعاقد يصبح كأن لم يكن في مواجهة الإدارة ويبقى المتعاقد الأصلي وحده مسئولا أمامها .

كذلك لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن التنفيذ أو يتوقف عنه بحجة أن الإدارة قد أحلت بالتزاماتها في مواجهته، فليس للمتعاقد إذن حق الدفع بعدم التنفيذ، فهذا الدفع المقرر للأفراد في عقود القانون الخاص، غير جائز في العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولاتصالها بالمرافق العام الذي يجب

ن يسير بانتظام واضطراب . طالما أن هذا التنفيذ ممكنا ، ثم يطالب فيما بعد جهة الإدارة بالتعويضات عن إخلالها بالتزاماتها^(١).

وفي هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

(أ) - " من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله ، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته ، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها إن كان لذلك مقتضى وكان له فيه وجه فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعه فعله السلي ."

(طعن رقم ٧٦٧ لسنة ١١١ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٥)

(ب) - " ومن حيث إن فسخ العقد الإداري كأصل عام أمر ترخص فيه جهة الإدارة وحدها ضمنا لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى وينبني على ذلك أنه ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت

(١) محمد فواد عبد الوهاب ص ١٦٩ وما بعدها - مصطفى أبو زيد فهمي ص ٢٦٠ وما بعدها .

مسيرات الفسخ بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك ، كما أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أيضا غير جائز في العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولا تصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير بانتظام واطراد ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق لأى سبب حتى ولو كان خطأ أو تقصير من جانب الإدارة في تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية إلخ " .

(طعن ١٠٢٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢٨)

(العلاقة بين ملتزم المرفق والعملاء)

٢٠٥- تكييف العلاقة بين الملتزم والعميل :

استقر القضاء على أن العلاقة بين الملتزم بإدارة مرفق من المرافق الاقتصادية وبين العميل الذى يقدم له خدماته ، هى علاقة مدنية ، لانتهاء مقومات العقود الإدارية فيها ، وبالتالي يختص القضاء العادى بالفصل فيما يثور بشأنها من نزاع .

إذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" يتعين لاعتبار العقد عقدا إداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص. ولما كان العقد مثار النزاع قد أبرم بين الهيئة المدعية - الهيئة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية - والمدعى عليه بقصد الاستفادة من خدمات المرفق الاقتصادى الذى تديره الهيئة ، دون أن تكون له أدنى صلة بتنظيم المرفق أو تسييره ، فإنه يخضع للأصل المقرر فى شأن العقود التى تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المتفعين بخدماتها باعتبارها من روابط القانون الخاص لانتهاء مقومات العقود الإدارية فيها ، وبالتالي يكون العقد موضوع الدعوى عقدا مدنيا تختص جهة القضاء العادى بالفصل فيما يثور بشأنه من نزاع " .

(طعن رقم ٧ لسنة (١) قضائية "تنازع" جلسة ١٩ يناير سنة ١٩٨٠)

كما أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في الفتوى رقم ٤٠٣ في ١١/٤/١٩٩٠ (جلسة ٢١/٣/١٩٩٠) بأن :

" العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص إذ فضلاً عن أن تلك الأحكام تتفق مع طبيعة المرافق المذكورة ومع الأسس التجارية التي تسير عليها فإنه يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص وهذه المقومات والخصائص لاتتوافر في العقود التي تحكم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بها وترتيباً على ما تقدم ولما كان الثابت من الاطلاع على العقد المبرم بين هيئة البريد ووزارة السياحة أن الهيئة المذكورة استأجرت بموجب هذا العقد محلاً بالسوق السياحي بالأقصر يشتمل على مكتب للبريد وسكن للوكيل وأن هذا العقد لا يتضمن أية شروط استثنائية ومن ثم فإنه يعتبر من عقود القانون الخاص ويخضع لأحكام قانون إيجار الأماكن " .

٢٠٦ - حقوق المنتفع قبل الالتزام :

يتعين التفرقة في حقوق المنتفع قبل الالتزام بإدارة المرفق العام بين حالتين:

الحالة الأولى :

قبل تعاقد المنتفع مع الملتزم :

رأينا سلفاً أن للإدارة هيمنة تامة فيما يتعلق بإعداد المرفق العام وتشغيله. وهذه السلطات ليست بحقوق مطلقة مقررة للإدارة إن شاءت استعملتها أو تركتها، ولكنها حقوق مقررة لمصلحة المنتفعين الذين لا تربطهم بالملتزم رابطة مباشرة ومن ثم فإن للمنتفعين أن يطلبوا من الإدارة أن تتدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط الالتزام .

فإذا منحت السلطة الإدارية التزاماً بإدارة مرفق عام للمواصلات عن خطوط للأتوبيس ، وأخل الملتزم بشروط العقد ولم ينشئ كل الخطوط المستفاد عليها أو ألغى بعض الخطوط بعد إنشائها ، وأصاب أحد الأفراد ضرراً من جراء ذلك بأن لم يجد سبيل المواصلات أمامه ممهدة ، أو امتنعت شركة الغاز أو الكهرباء عن التعاقد مع المنتفع دون حق، فإن له أن يطلب من جهة الإدارة أن تتدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط الالتزام فإذا أهملت الإدارة في أداء الواجب ، أو سمحت للملتزم بأن يتخذ إجراء لا يتفق وشروط عقد الامتياز ، جاز للفرد أن يلجأ إلى محكمة القضاء الإداري بالطريقة الآتية : يقدم من استوفى شروط الانتفاع إلى الإدارة طلباً للتدخل . فإذا ما أجابت بالرفض أو امتنعت عن الإجابة مدة ستين يوماً، عد رفضها أو امتناعها قراراً إدارياً مخالفاً للقانون، وحق لمحكمة القضاء الإداري إلغاؤه. وفي هذه الحالة يتحتم على جهة الإدارة أن تتدخل. فالمرتب طبقاً للمادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ (المعدل) بشأن مجلس الدولة، أن يكون مرجع طلب إلغاء القرارات الإدارية النهائية

عدم الاختصاص أو عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة .

ويجوز للفرد أيضاً إذا أصابه ضرر من خطأ الملتزم ، كأن يكون قد تعطلت له مصلحة جديدة نتيجة انعدام المواصلات ، أو من عدم توريد الغاز أو الكهرباء ، مطالبة الملتزم بالتعويض ^(١).

الحالة الثانية :

بعد تعاقد المتنتفع مع الملتزم :

تنص المادة ٦٦٩ مدق على أن :

" ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف ، الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التى يقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين " .

ومن ثم ينشأ للمتنتفع الذى يتعامل مع المرفق حق شخصى قبل الملتزم طالما أدى رسم الخدمة المطلوب ، وذلك وفقاً لشروط عقد الالتزام الذى أبرمه الملتزم مع جهة الإدارة ، أو وفقاً للشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويضعها الملتزم ، ويقتضيها ما ينظم العمل من قوانين أخرى .

(١) سليمان الطماوى ص ٣٢٩ .

وكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٠٦ من المشروع التمهيدى تنص على أن : " ويكون هذا العقد الإدارى (عقد الالتزام) هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود ، فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم ، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقدرها جهة الإدارة " ، كما جرت المادة ٩٠٣ من المشروع التمهيدى على أن : " فى المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة ، تنشأ الحقوق والالتزامات ما بين المقاول وعمالته من إذعان العميل الذى يريد استخدام المرفق العام لشروط موحدة تقر هذه الحقوق والالتزامات ، وتكون من وضع المقاول نفسه أو من وضع الجهة الإدارية التى يتبعها المقاول نفسه أو من وضع الجهة الإدارية التى يتبعها المقاول فى إدارته للمرفق العام " .

وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، دون أن يذكر سبب الحذف .
ويسبى أن الحذف يرجع إلى الرغبة فى تجنب إيراد المذاهب الفقهية فى التشريع^(١).

وإذا ثار ثمة نزاع بين الملتزم وبين المنتفع بصدد هذا الانتفاع كان للأخير اللجوء إلى القضاء العادى . كأن يكون المرفق قد قطع عنه خط التليفون ، أو أوقف مده بالكهرباء أو المياه أو الغاز .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٧٢ .

ويختص القضاء المستعجل بنظر هذه المنازعات إذا توافر فيها شرطاً
اختصاصه العامان وهما : الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق . ولا شك
أن الاستعجال يكون متوافراً إذا قطع المرفق المياه أو الغاز أو الكهرباء عن
المنتفع دون وجه حق .

أسعار الخدمات التي يؤديها المرفق العام

٢٠٧- النصوص القانونية :

المادة (٦٧١) :

" ١- يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها .

٢- ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم وتعديلها، فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعي من الوقت الذي عينه قرار التصديق لسريانها وما يكون جاريا وقت التعديل من اشتراكات في المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص في الأجور وذلك فيما بقى من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة " .

المادة (٦٧٢) :

" ١- كل انحراف أو غلط يقع عن تطبيق تعريف الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح .

٢- فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق في استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة. وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك ، ويسقط الحق في الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التي لا تتفق مع الأسعار المقررة" .

٢٠٨- مصدر القوة الإلزامية للأسعار التي يتقاضاها الملتزم:

مصدر القوة الإلزامية للأسعار التي يتقاضاها الملتزم ليس هو عقد الالتزام المبرم بين جهة الإدارة والملتزم أو العقد المبرم بين الملتزم والعميل، وإنما هو السلطة الإدارية وحدها ، سواء كانت السلطة الإدارية هي التي وضعت الأسعار ابتداءً ، أو أن الملتزم هو الذي اقترح هذه الأسعار ووافقت عليها السلطة الإدارية ، أو ناقشتها مع الملتزم ثم انتهت إلى الموافقة عليها.

ومن ثم لا يجوز للملتزم أن يعدل في قائمة الأسعار دون موافقة جهة الإدارة ، إذ لا بد من أن تراقب هذه الجهة التعديل الحاصل وتبين مدى تمشيهِ مع الحدود المقررة بعقد الالتزام قبل أن تصدق عليه ، لأنه من جهة لا يجوز أن يترك للملتزم وحده تقدير ذلك، كما أنه من جهة أخرى ليس لدى الجمهور من المستندات والوسائل ما يمكنه من التحقق من مشروعية هذا التعديل^(١).

(١) وكانت هناك مادة في المشروع التمهيدي برقم (٩٠٧) تنص على أنه : "١-

مهما يكن نصيب الملتزم في تحديد الأسعار التي يجب أن يؤديها عملاء المرفق العام ، أو في اقتراحها ، أو في مناقشتها، فإن ما يجب لهذه الأسعار من احترام يرجع إلى أن السلطة العامة هي التي حددتها أو صدقت عليها .

٢- وتكون لقوائم هذه الأسعار قوة الالزام الإدارية وآثارها " - وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" يقرر هذا النص ما جرى عليه القضاء والفقه في فرنسا من أن مصدر الالتزام في قائمة الأسعار إنما يرجع إلى أن السلطة العامة هي التي حددتها أو صادقت عليها . وعلى هذا النحو يقطع المشروع برأى في مسألة أثارت أمام القضاء -

المصري بمناسبة نزاع بين شركة مياه الاسكندرية وأحد عملائها ليجوز للمتزم المرفق العام، دون أن يتعدى الحدود المقررة بعقد الالتزام ، أن يدخل على الأسعار تعديلا يلزم به الجمهور بغير حاجة لتصديق السلطة العامة ؟ وقد اختلفت وجهات النظر في هذه المسألة بين محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة ومحكمة الاستئناف المختلطة .

فقررت محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بتاريخ ١٦ يونية سنة ١٩٢٣ (جازيت ١٣ ص ١٩٦ ن ٣٣٣) أنه لايجوز للشركة أن تعدل في قائمة الأسعار دون تدخل البلدية ، إذ لا بد من أن تراقب السلطة العامة التعديل الحاصل وتبين مدى تمثيه مع الحدود المقررة بعقد الالتزام قبل أن تصدق عليه، لأنه من جهة لايجوز أن يترك للشركة وحدها تقرير ذلك ، كما أنه من جهة أخرى ليس لدى الجمهور من المستندات والوسائل ما يمكنه من التحقق من مشروعية هذا التعديل . على أنه يجوز مع ذلك أن تلجأ الشركة صاحبة الامتياز إلى القضاء إذاما رفضت السلطات العامة أن تصدق على تعديل مشروع .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد قررت بحكمها الصادر في أول أبريل ١٩٢٤ (جازيت ١٤ ص ٢١٧ ن ٣٣٩) أنه لا يلزم تصديق جهة الإدارة على تعديل تجريه الشركة داخل الحدود المقررة بعقد الالتزام ، إذ ليس من حقها رفض مثل هذا التعديل . إنما على أى حال تلتزم الشركة بأن تقدم للسلطة العامة كل البيانات اللازمة فيما يتعلق بسير المرفق العام وعلاقتها مع العملاء حتى تستطيع أن تستعمل جديا حقها في الرقابة وحماية المصلحة العامة .

والمشروع يقرضنا رأى محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة، ولا يأخذ برأى محكمة الاستئناف المختلطة ، لأنه من المقرر الآن أن العقود التي تعقدتها السلطات العامة لتنظيم المرافق العامة تختلف حتما من بعض النواحي عن العقود التي يعقدها الأفراد فيما بينهم ، وأن هناك بعض مبادئ أساسية تكون ما يمكن أن نسميه بالقانون الطبيعي للمرافق العامة (ومحكمة الاستئناف المختلطة -

وجعل النص لهذه الأسعار قوة القانون ، ومن ثم فإن هذه الأسعار تكون ملزمة للملتزم ، سواء في مواجهة جهة الإدارة التي أبرمت العقد ، أو بالنسبة للعميل الذى ينتفع بخدمات المرفق . فتعريف الأسعار إنما تدخل ضمن الجزء اللاتحى في عقد الالتزام .

= نفسها كثيرا ما رددت هذا للبدأ في أحكامها ٦ يونية سنة ١٩٢٩ ب ٤١ ص ٤٤٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ ب ٤٥ ص ١١٣ - ١١ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ ص ٣١ ن ٢٥) . ومن بين هذه المبادئ الأساسية مبدأ أن الاحترام الواجب للأسعار التى يؤديها عملاء المرفق العام ، مهما كان تدخل الملتزم في تحديدها أو مناقشتها ، إنما يرجع إلى إقرار السلطة العامة لها . وهو مبدأ مقسّر في فرنسا (جيز Geze) النظرية العامة للعقود الإدارية ، الطبعة الثالثة، الجزء الثانى، ص ٥٥٦ - جوسران Josserand : عقد النقل، ن ١٢٣ وما بعدها ، ٢٣٥ وما بعدها) وقد طبقه مجلس الدولة مرارا (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ شركة ترام بوردو . مجموعة أحكام مجلس الدولة ص ٩٩٧) وكانت محكمة النقض الفرنسية (٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٦ سبرى ١٨٩٧ - ١ - ١٩٠) كما أنه مقرر أيضا منذ الربع الأخير من القرن الماضى في كل من التقنين الإنجليزى والأمريكى (أنظر جوسران ؟ عقد النقل ن ١١٧ - ١٢١).

فالمشروع إذن ، بإيراده لهذا النص الذى يحرم ملتزم المرفق العام من أن يعدل برادته وحدها في قائمة الأسعار ، إنما يقدر ما هو معمول به لا في التقنين الأوربى فحسب ، بل أيضا في التقنين العالمى " . وقد وافق مجلس النواب على المادة ، إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت حذفها " اكتفاء بالقواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٧٨ الهامش وما بعدها).

وُند جعل النص للأسعار التي تقررها الجهة الإدارية " قوة القانون " ،
وحظرت الاتفاق بين الملتزم والمتفعين بالمرق على تعديل هذه الأسعار.
ومعنى ذلك أن هذه الأسعار تلزم الملتزم والمتفعين على السواء ، سواء
المتفعين الموجودين وقت إبرام عقد الالتزام أو من يستواجد منهم في
المستقبل، فلا يجوز الاتفاق على زيادة هذه الأسعار أو تخفيضها .

٢٠٩ ـ جزاء الاتفاق على أسعار تخالف الأسعار المحددة :

أوضحت هذا الجزاء الفقرة الثانية من المادة (٦٧٢) مدني بنصها على
أن :

" فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق في
استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم
بالمرفق العام ، كان له الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة .
ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك ، ويسقط الحق في الحالين بانقضاء
سنة من وقت قبض الأجور التي لا تتفق مع الأسعار الزائدة " .

فإذا اتفق بين الملتزم والعميل على زيادة الأسعار ، أو حصل غلط في
السعر المحدد ضد مصلحة العميل ، كان للعميل الحق في استرداد ما يزيد
على السعر المحدد، ولا يعتد بالاتفاق الذي تم على خلاف ذلك .
وإذا كان الاتفاق على سعر أقل أو حصل الغلط في السعر ضد مصلحة
الملتزم ، كان للأخير استرداد الباقي له من السعر ، دون الاعتداد بما يكون
قد تم من اتفاق على خلاف ذلك .

وقد نص المشروع صراحة على بطلان الاتفاق المخالف سواء لمصلحة
المتفع أو لمصلحة العميل .

وقد وضع المشرع تقادما خاصا لاسترداد الزيادة في السعر التي سفعها العميل ، وتكملة النقص في السعر المستحق للملتزم ، وهو سنة من وقت قبض الملتزم للأجرة التي لاتتفق مع الأسعار المقررة .
وفي هذا قضت محكمة النقص بأن :

" تنص المادة ٦٧٢ من القانون المدني على أن : " كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل كان له الحق في استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرافق العام كان له الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة . ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك . ويسقط الحق في الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجرور التي لاتتفق مع الأسعار المقررة " . ومفاد هذا النص أنه لايطبق إلا على العلاقة بين الملتزم والمتنفع وأن حكم التقادم المنصوص عليه في المادة المذكورة استثناء من القواعد العامة في التقادم لايجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ طبق حكم المادة ٦٧٢ من القانون المدني على العلاقة بين المتنفع بالتيار الكهربائي والمجلس البلدي - وهو لا يعد ملتزما - يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٢٧ في جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

٢١٠- إعادة النظر في الأسعار المقررة:

تنص المادة الثانية من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٥٤ بالتزامات المرافق العامة على أن :

" يكون لمناح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام " - والحكمة من منح السلطة الإدارية إعادة النظر في قوائم الأسعار - على ما كشفت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون- أنه إذا كان الالتزام عقد لمدة طويلة ، فإنه يتعذر منذ بدء الالتزام تحديد قوائم الأسعار على وجه ثابت لا يتغير ، وهذه القوائم هي التي تحدد جزاء الملتزم ، وهي عبارة عن إتاوات يأذن مانح الالتزام للملتزم بتحصيلها من الأفراد الذين ينتفعون بالمرافق العام. ومن الجائز بعد مضي وقت معين أن تصبح تلك الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية الراهنة ، إما لأنها لا تكون كافية لجزاء الملتزم ، وإما لأنها تنقلب عبئا ثقيلا يهبط المتفعين بالمرافق العام . وحرصا على تلاقي هذا التنافر وعلى الإقلال بقدر الإمكان مما يثيره هذا الموضوع غالبا من منازعات رؤى في المادة الثانية تقرير مبدأ إعادة النظر الدورى في الأسعار كقاعدة عامة. وترك ضوابط تطبيقها التي تختلف بحسب طبائع الالتزامات إلى وثائق تلك الالتزامات . وبذلك يمكن تحقيق تناسب شبه آلى بين الأسعار والأحوال الاقتصادية العامة القائمة في وقت معين . ويكون ذلك التناسب تارة في مصلحة الملتزم حين تقضى إعادة النظر إلى زيادة الأسعار، وتارة في مصلحة المتفعين إذا أدت تلك الإعادة إلى خفضها بسبب نقص تكاليف العمل عند القيام بها .

وواضح أن الحق في تعديل الأسعار مقرر للسلطة الإدارية فقط، فلا يستطيع الملتزم إجبار السلطة الإدارية على رفع الأسعار ، ولا يقدح في

ذلك أن من حق الملتزم طلب المحافظة على التوازن المالى للعقد ، لأن الإدارة تستطيع تسوية التوازن المالى عن أى طريق آخر كالإعانات مثلا. فهي تتمتع في هذا الشأن بسلطة تقديرية^(١).

٢١١- مبدأ سريان التعديل في الأسعار :

يسرى التعديل في الأسعار الذى قرره السلطنة الإدارية ، سواء بالزيادة أو بالنقص من التاريخ الذى حدده القرار الصادر منها . فالتعديل يسرى بأثر مباشر ، ولكن ليس له أثر رجعى .

فيسرى على المتفعين الذين يتعاقدون على الخدمة مع المرفق بعد تاريخ نفاذ التعديل . أما يسرى على المتعاقدين مع المرفق قبل نفاذ التعديل إذا كان الاتفاق ساريا في تاريخ نفاذه ، وذلك بالنسبة إلى المدة الباقية من الاتفاق ، أما بالنسبة للمدة الماضية فتحكمها الأسعار القديمة ، فلا يجوز للمتفع المطالبة باسترداد الزيادة . ومثل ذلك اشتراكات السفر بالسكك الحديدية وسيارات النقل العام، إذ يصرف الاشتراك لمدة معينة .

٢١٢- واجب الملتزم نحو استمرار المرفق وانتظامه ومسايرته للتطور:

كانت المادة ٩١٢ من المشروع التمهيدي للتقنين المدق تنص على أنه:
" على الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء أو القوى المحركة وماشابه ذلك أن يكفل الاستمرار في أداء الخدمات التى يتكون منها المرفق. ويكون مرتبطا بذلك ، ليس إزاء الجهة التى منحتة الالتزام وحدها،

(١) مصطفى أبو زيد فهمى ص ٢٦٧ .

بل إزاء كل شخص أبرم معه عقدا فرديا" وقد وافق مجلس النواب على هذه المادة بعد تعديل لفظي أدخلته عليها لجنة المراجعة ، إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت المادة - وكما يبين من مناقشات اللجنة - حذفت المادة اكفاء بالقواعد العامة وقواعد القانون الإدارى ^(١) . وحكم هذه المادة المحذوفة يتفق والقواعد العامة ، ومبادئ القانون الإدارى . فقد رأينا أن الملتزم يلتزم بإدارة المرفق العام ، ويكفل له الاستمرار والانتظام والقابلية لمسيرة التطور .

فالحاجة الجماعية التى ينشأ المرفق لإشباعها بشكل كاف لاتعتبر أنها أشبعت وأن المرفق العام قد حقق الغرض من وجوده إلا إذا تم هذا الإشباع بصفة دائمة ، فإذا كان المرفق العام هو تسيير سيارات أو ترام أو سكك حديدية ، تعين استمرار المرفق فى أداء خدماته للمنتفعين .

ويجب أن يسير المرفق بانتظام ، فتكون الخدمة التى يقدمها المرفق منتظمة دون توقف، وفى المثال السابق لايجوز تعطيل سير خطوط المواصلات، أو تأخير سير القطارات أو السيارات عن مواعيدها .

ومادامت هذه المرافق تهدف إلى إشباع حاجة جماعية فيجب أن تتطور بتطور الطرق والوسائل والأساليب التى يتم بها إشباع هذه الحاجة الجماعية،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ١٨٩ الهامش وما بعدها .

ويكون لجهة الإدارة التدخل لتفرض على المرفق التعديلات الجوهرية التي يقتضيها تحقيق مصلحة الجمهور باتباع الوسائل المتطورة .

فيحوز للسلطة الإدارية أن تفرض على الملتزم زيادة عدد قطاراته أو سياراته إذا زاد عدد السكان في منطقة ما، أو يزيدها في فصل معين كفصل الصيف .

وإذا أعطيت شركة التزام إنارة إحدى المدن. وكان الشائع وقت إعطائها الالتزام أن تكون الإنارة بالغاز، ثم اقتضى التطور أن تكون الإنارة بالكهرباء. جاز للإدارة أن تعدل من نظام المرفق وتفرض على الشركة أن تكون الإنارة بالكهرباء . مع تعديل الأسعار بما يتفق مع تكاليف الإنارة الجديدة^(١).
٢٢٣- مرافق توزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وماشابه ذلك:

تنص المادة (٦٧٣) مدق على أن :

"١- على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وماشابه ذلك ، أن يتحملوا ما يلزم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذي تقتضيه صيانة الأدوات التي يدار بها المرفق .

٢- وملتزمى هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته إذا أثبتوا أن ذلك

يرجع إلى قوة القاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع في هذه الإدارة دون أن يكون في وسع أية إدارة بقظة غير مقتررة أن تتوقع حصوله أو أن تدرك نتائجه ويعتبر الإضراب حادثاً مفاجئاً إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكن في وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم ، أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى .

والفقرة الأولى من المادة تعفى الملتزم في المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وماشابه ذلك من المسؤولية ، عما يحدث من أدوات المرفق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كذلك التي تستلزمها صيانة الأدوات التي يدار بها المرفق .

أما إذا كان العطل أو الخلل الذي يحدث من أدوات المرفق ، يجاوز المؤلف ، فإن معنى ذلك أن الملتزم قد أدخل بالتزاماته تجاه السلطة الإدارية والمنفعين ، وبالتالي يتحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك ، ويجوز للمنتفع مطالبته بالتعويض عما يصيبه من ضرر نتيجة لهذا العطل أو الخلل .

والفقرة الثانية من المادة تنص على أن مسؤولية الملتزم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المؤلف في مدته أو في جسامته ، لاتندفع إلا إذا أثبت أن ذلك راجعاً إلى قوة القاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع في هذه الإدارة دون أن يكون في وسع أية إدارة بقظة غير مقتررة أن تتوقع حصوله أو أن تدرك نتائجه .

والقوة القاهرة هي الحادث الذي لا يمكن توقعه أو دفعه ، وليس للملتزم دخل في حدوثه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب الملتزم فحسب بل من جانب أشد الناس يقظة وبصرا بالأمور . فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي. ومثل ذلك تخريب أجهزة المرفق نتيجة لغارة جوية أو زلزال أو صاعقة .

والفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، أن الحادث الفجائي يأتي من داخل المرفق ذاته أو من مخاطره الطبيعية كأنفجار الآلات أو تعطيلها^(١). ذلك أنه يشترك مع القوة القاهرة في أنه لا يمكن توقعه أو دفعه .

واعتبر النص الإضراب حادثا مفاجئا إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه ، ذلك أنه إذا كان الإضراب نتيجة خطأ من الملتزم ، كما لو ثبت أنه لم يف بالتزاماته نحو العمال أو تعسف في فصل بعضهم ونجم الإضراب عن ذلك ، فإن الإضراب لا يكون حادثا مفاجئا يدفع مسؤوليته .

وكذلك يجب أن يثبت الملتزم أنه كان لا يستطيع أن يدرأ نتائج الإضراب، فإذ اتبين أنه كان يستطيع أن يستبدل بالعمال المضربين عمالا آخرين يستمرون في إدارة المرفق أو كان يستطيع إدارة المرفق بآلات في متناوله تغنيه عن العمال المضربين ، أو كان يستطيع تقصير مدة الإضراب بيقظته وحزمه في معالجة الموقف، أو كان يستطيع تلافي نتيجة الإضراب بأي وسيلة

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد المجلد الثاني ٢٠٠٢ / ٢٠٠٣ ص ٧١٢ وما بعدها .

أخرى. كان مسئولا بمقدار ما كان يستطيع تلافيه من ضرر ولم يفعل^(١).
وتعتبر هذه المسئولية من النظام العام .
فلا يجوز الاتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها . وإلا وقع هذا
الاتفاق باطلا .

(١) السنهوري ص ٣٩٥ .

المساواة بين العملاء

٢١٤- المقصود بالمساواة بين العملاء :

تنص الفقرة الأولى من المادة (٦٧٠) مدق على أن : " إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضى الأجور " .

فإذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا ، وذلك بأن يكون وحده هو الذى يدبر المرفق ويستغله بموجب عقد الالتزام ، أو كان محتكرا له احتكارا فعليا، بأن لم ينص في عقد الالتزام على أن يقوم بإدارة المرفق بمفرده، ولكن تعهدت له السلطة الإدارية بالألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التى تمنحها إياه كالتراخيص اللازمة والإعانات وما إلى ذلك، فإن الملتزم فى هذه الحالة يلتزم بالتسوية التامة بين العملاء ، سواء فى تقديم الخدمات أو فى تقاضى الأجور، لأنه بهذا التمييز يخل بالمنافسة الحرة، إذ هو يمنح شخصا ميزة فى استعماله المرفق العام لاتتاح لغيره من المنافسين له فى تجارته أو فى صناعته، ومن ثم فإن ذلك يلحق الضرر بهؤلاء المنافسين مما يستوجب التعويض .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يقرر هذا النص مبدأ المساواة بين العملاء ، وهو مبدأ لم يسبق للقضاء المصرى أن قرره بصفة قاطعة ، وإن كانت محكمة الاستئناف المختلطة قد أشارت إليه فى بعض أحكامها (٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ ب ١١ ص ٢٤٩ - ٢٦ يونيو سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩) فقد حكمت مثلا بأنه " لا يجوز

للشركة التي تتولى مرفقا عاما أن ترفض طلبات الاشتراك المقدمة من الجمهور أو أن تنهى اشتراكات قائمة إلا بناء على أسباب جدية " .
كذلك قررت أنه " على الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع الغاز أو الكهرباء أن يؤدي خدماته لكل من يطلبها على طول خطوط توزيع الغاز أو الكهرباء " .

على أن المبدأ مقرر وثابت منذ أمد طويل في البلاد الصناعية الهامة ، وربما كان من أولى مظاهر تدخل السلطات في تنظيم المرافق العامة ، وانتقال هذه المرافق من طور التنظيم الحر إلى تنظيم تشرف عليه السلطة العامة فتتولى على الأخص وضع قوائم الأسعار ، وتراعى فيها المساواة التامة بين العملاء ، سواء في الخدمات أو في تقاضى الأجور .

وقد طبق هذا المبدأ أولا في شركات السكك الحديدية . فقد كانت هذه الشركات في الولايات المتحدة تفرق في المعاملة بين عملائها مما أدى إلى إصدار قانون ٤ فبراير سنة ١٩٨٧ الذى أنشأ مجلسا كان من أولى واجباته القضاء على هذه المفارقات . وفى سنة ١٩٠٦ منح هذا المجلس سلطات واسعة فيما يتعلق بتحديد الأسعار ومنع أى تمييز في المعاملة ، على أن يباشر سلطته هذه تحت رقابة القضاء . وعلى هذا النمط أنشئت في ولايات الاتحاد الأمريكى مجالس تتولى الإشراف على المرافق العامة وتحديد الأسعار تحت إشراف السلطة القضائية . كذلك أنشأ قانون ٢١ يولية سنة ١٨٧٣ فى إنجلترا مجلسا للسكك الحديدية يتولى تنظيم قوائم الأسعار مع العناية بمنع الميزات غير المشروعة التى تمنحها الشركات لبعض

العملاء. كما أنه في فرنسا يعتبر القضاء الفرنسى هذا المبدأ من المبادئ الأساسية، فلا يميز الملتزم المرفق العام أن يستغل احتكاره ليميز بعض العملاء على الآخرين ويخل بذلك بالمنافسة الحرة . وكثيرا ما قررت عقود الالتزام ذلك صراحة في فرنسا، وحكم القضاء بالتعويض في حالة الإخلال بالمبدأ (جوسران Jossierand، عقد النقل الطبعة الثانية ١٩٢٦، ن ١٨٠ و ٢٢٥)، وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القضاء في كثير من أحكامها (١٩ يونيو سنة ١٨٠٥ والوز ١-١٨٥٠-١٩٧ و ٧ يولية سنة ١٨٥٢ دالوز ١٨٥٢-١-٢٠٤ و ٣١ ديسمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ١-١٨٦٧-١٠٦ و ٢١ أبريل سنة ١٨٦٨ دالوز ١-١٨٦٨-١-٢٢٢ و ١٨ يناير سنة ١٨٧٠ دالوز ١-١٨٧٠-٢٦٧ و ٣ فبراير سنة ١٩٨٧ دالوز ١-١٨٧١-٢٦٩) . ولم تعد الأحكام المختلفة كثيرا بالصعوبة القائمة من حيث تقدير الضرر الواقع في هذه الحالة ، بل إن بعضها قرر وجوب حل هذا الإشكال على حساب الشركة لأنها تسببت في الضرر (استئناف باريس ١٣ أبريل ١٨٦٧ دالوز ١٨٦٩-١-٣٧١) .

على أن المبدأ لم يقتصر على مرفق السكك الحديدية ، بل امتد إلى كل التزامات المرافق العامة ، وأصبح مقررا أن من واجب الملتزم ، كما من واجب السلطة التي تمنح الامتياز، أن تحقق المساواة التامة بين العملاء^(١) . ومبدأ المساواة هذا الذى يحكم سير المرافق العامة ، نصت عليه المادة ٤٠ من دستور سنة ١٩٧١ ، كما أوضحنا سلفا .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٧٨ وما بعدها .

٢١٥- استثناءات من مبدأ المساواة :

نص الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدني على أن :

" ولاتحصول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين " .

فلا يخل بمبدأ المساواة بين المتفعين أمام المرافق العامة أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض في الأجور أو إعفاء منها ، بشرط ألا تمنح هذه الميزات لأشخاص بذواتها، بل لطائفة معينة أو مجموعة من الأشخاص تتوافر فيهم شروط معينة ، على أن ينتفع بهذه المعاملة كل من يطلب ذلك ممن تتوافر فيه الشروط التي يعينها الملزم بوجه عام ، أى من بين المتفعين بالمرافق ، كإن تمنح هيئة السكك الحديدية أو إحدى شركات الأومينوس اشتراكات مخفضة للعاملين بالدولة أو للطلبة ، أو تجرى تخفيضا للعاملين بها إذا توافرت فيهم شروط معينة .

جزاء مخالفة الملتزم للالتزامات الواقعة عليه :

٢١٦- (أ) جزاء مدنى :

إذا خالف الملتزم الالتزامات الواقعة على عاتقه وأوردناها فيما سلف ، فإنه يجوز للمتنتفع ما يأتى :

١- طلب التنفيذ العيى :

فإذا كان المتنتفع متعاقدا على الخدمة مع مرافق التليفونات عموما ، أو الكهرباء أو الغاز مثلا ، وقطع عنه المرفق هذه الخدمات ، كان له أن يطالب المرفق بإعادة توصيل الخط التليفونى أو الكهرباء أو الغاز وفقا لنظام المرفق وما يقضى به العقد المبرم بينهما .

ويجوز للمتنتفع أن يلجأ إلى القضاء المستعجل إذا توافر فى دعواه شرطا اختصاص القضاء المستعجل العامان ، وهما : الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق . ولاشك فى أن قطع المرافق المشار إليها خدماتها عن المتنتفع ما يتوافر به ركن الاستعجال .

وإذا أحل المرفق بمبدأ المساواة بين المتنتفعين بالمرفق، جازله مطالبة المرفق بالكف عن هذا الإخلال وإعادة مساواته بعملائه .

وإذا تقاضى منه الملتزم أجرا للخدمة يزيد على الأجر المحدد جازله طلب إنقاص الأجر واسترداد ما دفع زائدا على الأجر المقرر .

ويجوز للمتنتفع فى سبيل الوصول إلى التنفيذ العيى الالتجاء إلى طريقة التهديد المالى .

ويجوز في كافة الأحوال للعميل أن يطالب بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

ولكن ليس للعميل أن يلزم الإدارة بالدفاع عن وجهة نظره، وإنما يكون له الحق في مقاضاة الملتزم مباشرة والمطالبة بحقوقه على الوجه الذي يراه .

٢- طلب التعويض :

يجوز للمنتفع فضلاً عن التنفيذ العيني - على النحو الذي أوضحناه سلفاً - أن يطالب الملتزم بتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إخلاله بالتزاماته قبله ، كما في حالة قطع الخط التليفوني أو التيار الكهربائي أو الغاز . كما نصت الفقرة الثالثة من المادة (٦٧٠) صراحة على حق المنتفع في المطالبة بتعويض عما يصيب من ضرر نتيجة أى تمييز يقوم به الملتزم يترتب عليه إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة .

إذ جرت هذه الفقرة على أن :

" وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة . يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة " .

٣- طلب فسخ العقد :

لئن كانت الخدمات التى يقدمها المرفق العام للمنتفعين هي خدمات ضرورية لهم ، كمدهم بالكهرباء أو المياه أو الغاز أو الخط التليفوني ، مما لا يكون للمنتفع عنها غناء . إلا أن للمنتفع - إذا شاء- أن يطلب فسخ العقد لإخلال الملتزم بالتزاماته سالفة الذكر .

وطبقا للقواعد العامة ، يخضع الفسخ لتقدير القاضي ، فيجوز للناضي ألا يقضى به .

٢١٧- (ب) - جزاء إداري :

إذا صدر من السلطة الإدارية قرار إداري مخالف للقانون بتنظيم المرفق، سواء كان هذا القرار إيجابيا أو سلبيا ، كان لكل ذي مصلحة - ولو كانت مصلحة أدبية - ولو لم يكن له حق ذاتي أن يطعن في القرار بطريق دعوى الإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري، وذلك طبقا للشروط والإجراءات التي ترفع بها هذه الدعوى .

فإذا صدر قرار من السلطة الإدارية يخول الملتزم أن يجاوز صافي أرباحه عشرة في المائة من رأس المال ، بالمخالفة للمادة الثالثة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة ، كان هذا القرار باطلا .

وتتمثل مصلحة العميل في الطعن فيه في أن ما زاد من صافي أرباح الملتزم على الحد القانوني ينقص مما سيخصص في تحسين المرفق العام أو في خفض الأسعار، وكلما تحسن المرفق وانخفضت أسعاره ، فإنه يعود بالنفع على كافة المتفعين^(١).

وإذا لم تعد السلطة الإدارية النظر في قوائم أسعار المرفق عقب كل فترة زمنية لتتخذ في تعديلها لمصلحة المتفعين عملا بالمادة الثانية من القانون

(١) السنهاوري ص ٤٠٩ .

رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، وذلك بناء على طلب من العميل، فإن امتناعها يكون قرارا إداريا سلبيا ، ويجوز للعميل أن يطعن في هذا القرار السلبى بالإلغاء . وكذا إذا أُلغى المرفق خطأ من خطوط المواصلات ، كان للمتتفع أن يطلب من الجهة الإدارية التدخل لإعادة الخط، فإذا رفضت أو لم تحب على طلبه ، كان له الطعن في القرار الإيجابى (الأول) أو القرار السلبى (الثانى) بدعوى الإلغاء .

٢١٨- من يجوز له حق التقاضى ؟

كانت المادة (٩١٣) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى تنص على أن:

" ١- ليس للعميل الذى تعاقد مع ملترم المرفق ، إذا تعطلت خدمات هذا المرفق أو اختلت، أن يقاضى الملتزم إلا للدفاع عن مصلحة الشخصىة.

٢- ولا يجوز له باسم جمهور العملاء ، أن يرفع دعوى ويدافع فيها من مصالحهم المشتركة " - وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

" يقرر هذا النص المبدأ الذى أخذت به محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة (٢٧ مايو سنة ١٩٢٣ جازيت ١٢ ص ١٨٥ ن ٣١٨) ولينتها محكمة الاستئناف المختلطة (٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٩٥ ن ٣٣٢)، وذلك بمناسبة نزاع بين شركة مياه الاسكندرية وأحد عملائها. وقد قررت المحكمة أنه ليس للعميل أية صفة لتمثيل مجموع العملاء قبل الشركة، فليس له أن يطالبها إلا بما يحس حقوقه هو شخصيا بمقتضى العقد المبرم بينهما " .

وقد تليت المادة في لجنة المراجعة واقترحت اللجنة بعض تعديلات لمظية وجعلت فقرة واحدة وأصبح رقمها في المشروع النهائي ٧٠٤ ، وقد حذفت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب العبارة الأخيرة من المادة وهى : " ولا يجوز له باسم جمهور العملاء أن يرفع دعوى يدافع فيها عن مصالحهم المشتركة " ، وسبب الحذف أن العبارة التى حذفتها اللجنة "ليست إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة فلا حاجة للنص على الحكم الوارد فيها " وقد وافقت لجنة القانون المدنى على هذا الحذف أيضا "اكفاء بالقواعد العامة التى لا تحتم النيابة فى التقاضى مع ملاحظة أنه يراد بالحذف عكس هذا الحكم " (١).

وعلى ذلك يجب لرفع الدعوى من العميل أمام المحاكم المدنية أن تكون له صفة فى التقاضى ، بأن يكون له حق ذاتى سواء كان هذا الحق ناشئا عن العقد المبرم بين السلطة الإدارية والملتزم أو العقد المبرم بينه وبين الملتزم أو من القوانين التى تنظم المرافق العامة .

أما طلب الإلغاء الذى يرفع أمام القضاء الإدارى فيكفى فيه توافر المصلحة الجدية لدى المنتفع ، حتى لو كانت مصلحة أدبية .

ولكن لايجوز للعميل أن يرفع دعواه أمام القضاء العادى أو طعنه أمام القضاء الإدارى للدفاع عن المصالح المشتركة للمنتفعين وهذا لا يمنع من أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٨١ الهامش وما بعدها .

تتألف جمعية أو نقابة للدفاع عن مصالح سكان حي معين أو طائفة معينة من الناس ، وتكون لها الشخصية المعنوية. فتقاضى باسم الجماعة التي تمثلها وتكون لها صفة في التقاضى (١).

(١) السنهوري ص ٤٠٨ .

موضوع رقم (١٠)

(ثانياً)

(العقد الطبي)

العقد الطبي صورة من الصور المتعددة لعقد المقولة ، ومحل هذا العقد هو الأعمال الطبية ، ومن ثم نعرض في البداية لتعريف المقصود بالأعمال الطبية . ثم نتناول الأحكام التفصيلية لهذا العقد .

٢١٩- المقصود بالأعمال الطبية :

تنص المادة الأولى من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ (المعدل) في شأن مزاوله مهنة الطب على أنه :

" لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينه من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الأدميين للتشخيص الطبي المعملية بأية طريقة كانت أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاوله مهنة الطب بأية صفة كانت إلا إذا ... إلخ " .

وهذا يعنى أن المادة لم تحدد الأعمال الطبية على سبيل الحصر، ويدل على ذلك عبارة " وبوجه عام مزاوله مهنة الطب بأية صفة كانت " التي وردت بالمادة بعد ذكر الأمثلة السابقة . فكل عمل لازم لعلاج المريض أو تحسين صحته وشفائه يعتبر عملاً من الأعمال الطبية وعلى أية حال فهذه مسألة تتصل اتصالاً وثيقاً بتقدم العلوم الطبية وإمكانياتها، وهو تقدم يتصل

بكافة مجالات الأعمال الطبية ، وهى تشمل "وقاية والمشورة والتشخيص والعلاج .

ويبين من نصوص لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى التى اعتمدها الجمعية العمومية السنوية العادية لنقابة الأطباء فى ١٣/٤/١٩٧٣ والصادرة بقرار وزير الصحة رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٧٤ أنها لم تعرف العمل الطبى، غير أنها نصت فى مادتها الثامنة على أن : " لا يجوز للطبيب أن يعلن بأى وسيلة من وسائل الإعلان عن طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج بقصد استخدامها إذا لم يكن قد اكتمل اختبارها وثبتت صلاحيتها ونشرت فى المجلات العلمية كما لا يجوز له أيضا أن ينسب لنفسه بدون وجه حق أى كشف علمى "، ويستفاد من هذا النص أن مفهوم العمل الطبى لدى نقابة الأطباء يشمل التشخيص والعلاج دون أن يقدم مفهوما محددا للعمل الطبى، غير أن هذا النص يمكن أن يضع التجارب الطبية ضمن الأعمال الطبية ، والتجارب الطبية تعد عملا من الأعمال الطبية ، لأنها تجارب علمية مشروعة ، غير أنه لا يجوز للطبيب أن يعلن عنها بأى وسيلة من وسائل الإعلان قبل ثبوت صلاحيتها ونشرها فى المجلات العلمية .

وسنرى أن المادة ٤٣ من دستور سنة ١٩٧١ وتحظر إجراء أى تجربة طبية أو علمية على أى إنسان بغير رضائه الحر^(١).

(١) الدكتور علاء الدين هميس العبيدو المستولية الطبية عن فعل الغير سنة ١٩٩٧ ص ١١ وما بعدها .

وقد عرف البعض الأعمال الطبية بأنها مجموعة المعارف والإجراءات الخاصة بعلاج أو تخفيف الأمراض أو منعها وباستعادة الصحة وحفظها في الجنس البشرى^(١).

وعرف البعض العمل الطبي بأنه ذلك النشاط الذى يتفق وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم (نطب)، ويتجه في ذاته ، أى وفق المجرى العادى للأُمُور إلى شفاء المريض ، والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا أى يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته، أو مجرد تخفيف آلامه ، ولكن يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض^(٢).

كما عرفه البعض بأنه : ذلك العمل الذى يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء المريض وذلك طبقا للأصول والمعارف الطبية المقررة في علم الطب ، والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا ، أى يستهدف التخلص من مرض أو تخفيف حدته أو مجرد تخفيف آلامه ، وهو يعتبر فنا علميا أكثر من كونه علما بحتا لأنه يتقدم ويتطور بتقدم العلم ، كما أن الظواهر العضوية التى يهتم بها تتميز بالصعوبة والتعقيد^(٣).

(١) الدكتور فائق الجوهري للمسئولية الطبية في قانون العقوبات ١٩٥١ ص ١٢١ .

(٢) الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الرابعة

سنة ١٩٧٧ ص ١٨٢ .

(٣) الدكتور حسام الأهواى المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء

البشرية دراسة مقارنة ١٩٧٥ ص ٢٣٥ .

وهذه التعريفات جميعا تشمل العمل الطبي في معظم جوانبه، وبما يتفق مع الأصول العلمية المستقرة في علم الطب .

٢٢٠- الأفعال التي يبيحها حق مباشرة الأعمال الطبية :

حق مباشرة الأعمال الطبية يبيح كل نشاط يعد عملا طبيا - بالمعنى الذى أوردناه سلفا - وبعض هذه الأعمال تكون في الأصل من قبيل إعطاء المواد الضارة ، أو إحداث جرح . فإعطاء الدواء هو إدخال مادة غريبة في الجسم وقد تفضى في النهاية إلى الضرر، وإجراء العملية الجراحية هو إحداث لجرح في الجسم .

وهذا الحق يبيح كل نشاط يرتبط بالأعمال الطبية كحيازة المواد المخدرة والإجهاض ، وكذلك يبيح جميع الأفعال الضرورية أو الملائمة لاستعماله .

وتحديد هذه الأفعال يرتبط بالنظريات الطبية السائدة في وقت معين ، ومن ثم كانت محاولة حصرها غير مجدية ^(١).

ولا يكون عمل الطبيب أو الجراح مشروعاً إلا إذا كان مقصوداً به علاج مريض، فعلاج المريض هو الغرض الذى يقوم عليه حق الأطباء في التطبيب والجراحة واستهدافه يوفر شرط حسن النية، وعلى ذلك لا يكون الطبيب مستعملاً حقه إذا وجهه إلى غير الغرض المذكور ولو كان برضاء المجنى عليه أو بإلحاحه ^(٢).

(١) محمود نجيب حسنى ص ١٩٨٢ .

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة

الثالثة ١٩٥٥ ص ٩٨ .

٢٢١- أساس مشروعية العمل الطبي :

ذهب رأى إلى أن العمل الطبى لا يستمد مشروعيته من الترخيص الذى يشترطه القانون لمزاولة مهنة الطب . وإنما مشروعية العمل الطبى تستمد من الإجازة العلمية التى على أساسها يمنح الطبيب الترخيص بمزاولة المهنة^(١) . وقد أخذ بهذا رأى قضاء محكمة النقض .

إذ قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " الطبيب الجراح لا يعد مرتكباً لجرمة الجرح عمداً لأن قانون مهنته- اعتماداً على شهادته الدراسية - قد رخص له فى إجراء العمليات بأجسام المرضى ، وبهذا الترخيص وحده ترتفع مسئوليته الجنائية عن فعل الجرح " .

(طعن رقم ٢٣٨٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٤)

٢- " ... على أنه إذا كانت الرخصة القانونية لا تأثير لها فى قيام القصد الجنائى بل ولا فى وقوع الجريمة، فإنها باعتبارها من أسباب الإباحة المنصوص عليها فى القانون ترفع عن المرخص لهم المسئولية المترتبة على الجريمة التى وقعت " :

(طعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١٠/٢٣)

٣- "الأصل أن أى مساس بجسم المجنى عليه يحرمه قانون العقوبات وقانون مزاوله مهنة الطب ، وإنما يبيح القانون فعل الطبيب بسبب حصوله على

(١) علاء الدين خميس ص ٢٨- الدكتور محمد زكى أبو عامر وزير مجلس الشعب والشورى وعميد كلية حقوق الاسكندرية سابقاً فى محاضرة عن " المسئولية الجنائية للطبيب " ألقى ببنادى القضاة بطنطا يوم الأحد الموافق ١٩٩٦/٣/٢٤ .

إجازة علمية طبقا للقواعد والأوضاع التي نظمتها القوانين واللوائح - وهذه الإجازة هي أساس الترخيص الذى تتطلب القوانين الخاصة بالمهنة الحصول عليه قبل مزاولتها فعلا، وينبنى على القول بأن أساس عدم مسئولية الطبيب هو استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون- أن من لا يملك حق مزاوله مهنة الطب يسأل عما يحدثه الغير من الجروح وما إليها باعتباره معتديا- أى على أساس العمد ، ولا يعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية ، ومن ثم يكون سديدا فى القانون ما قرره الحكم من أنه لا تغنى شهادة الصيدلة أو ثبوت دراية الصيدلى بعملية الحقن عن الترخيص بمزاولة مهنة الطب وهو ما يلزم عنه مساءلته عن جريمة إحداثه بالجنح عليه جرحا عمديا مادام أنه كان فى مقدوره أن يتمتع عن حقن الجنح عليه مما تنفى به حالة الضرورة " .

(طعن رقم ١٢٦١ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٦٠)

بينما ذهب رأى آخر إلى أن أساس مشروعية العمل الطبى هو الترخيص للطبيب بمزاولة المهنة . وعلة ذلك أن الشارع لا يثق فى غير من رخص لهم بالعلاج ، إذ هم - فى تقديره- الذين يستطيعون القيام بعمل طبى مطابق الأصول العلمية ويتحج فى ذاته إلى شفاء المريض ^(١) .

(١) الدكتور حمدى رجب عطية مقال عن " المسئولية الجنائية للطبيب " مجلة مصر المعاصرة السنة ٩٣ العدد ٤٦٥ - ٤٦٦ يناير / أبريل ٢٠٠٢ ص ٣٩٩ - محمود نجيب حسنى ص ١٨٥ - فائق الجوهري ص ١١٨ .

وفي تقديرنا أنه يجب الأخذ بالرأى الثانى ، خاصة أنه يساند هذا الرأى أنه بالرغم من أن طبيب الامتياز حاصل على الإجازة العلمية إلا أن المادة الثانية من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ (المعدل بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٥) لا تعطيه الحق فى الحصول على ترخيص بمزاولة مهنة الطب (أنظر فى التفصيل بند ٢٢٣) .

والترخيص للطبيب بمزاولة مهنة الطب لا يكفى وحده لممارسة العمل الطبى ، وإنما يشترط لذلك - كما سنرى - رضا المريض ، فهو شرط من شروط إباحة العمل الطبى للطبيب .
كما أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة .

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العملية المقررة ، فإذا فرط فى اتباع الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية بحسب تعمد الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه فى أداء عمله " .

(ظعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٣٧ فى جلسة ١٩٦٨/١/٨)

٢- " من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة . فإذا فرط فى اتباع هذه الأصول أو

نحائنها حققت عليه المسئولية الجنائية والمدنية متى توافر الضرر بحسب
تعمده الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله وأيا كانت
درجة جسامه الخطأ " .

(طعن رقم ٢١٥٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/١/١١)

٢٢٢- الشروط اللازمة لمزاولة مهنة الطب :

ينظم مزاولة مهنة الطب في مصر القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ المعدل
بالقانونين رقمي ٤٩١ لسنة ١٩٥٥ ، ٢٩ لسنة ١٩٦٥ .

ويشترط هذا القانون في الشخص لمزاولة مهنة الطب توافر الشروط
الآتية :

١- أن يكون مصرياً . أو يكون من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة
مهنة الطب .

واشترط النص الجنسية المصرية فيمن يمارس مهنة الطب يبرره خطورة
العمل الطبي ، إذ هو يعنى المساس بحسم الإنسان فضلاً عن أنه يسمح
للطبيب بالوقوف على أسرار الحياة الخاصة .

ويعلل استثناء الأجانب ، أن البلاد قد تحتاج إلى بعض التخصصات النادرة
التي يمارسها الأجانب .

٢- أن يكون حاصلاً على درجة بكالوريوس الطب والجراحة من
إحدى الجامعات المصرية . أو حاصلاً على درجة أو دبلوم أجنبي معادل

لدرجة البكالوريوس التي تمنحها جامعات جمهورية مصر العربية ، وأمضى بعد حصوله على هذا المؤهل تدريبا لمدة سنة معادلا للتدريب الإجبارى وبشرط أن يجتاز الامتحان المنصوص عليه في المادة الثالثة من القانون .
ويصدر بهذه المعادلات قرار من لجنة مكونة من أربعة من الأطباء البشريين يعينهم وزير الصحة على أن يكون اثنان منهم على الأقل من عمداء كليات الطب .

وقد أحاط الشارع الاستثناء الخاص بالأطباء الحاصلين على دبلومات أجنبية بعدة ضمانات نظرا لتعدد كليات الطب في الخارج واختلاف قيمتها العلمية ، ومنعا لما حدث في بعض الأحوال من استعمال الدبلومات المزورة أو الدبلومات الصحيحة التي تخص أشخاصا غير أصحابها .

ولإيجاد ضمان كاف ضد عدم كفاية بعض حملة هذه الدبلومات الذين لا يحضرون إلى مصر عادة إلا بعد أن يكونوا قد قضوا عدة سنوات من تاريخ حصولهم على دبلوماتهم بدون ممارسة مهنتهم في أثناء ذلك ^(١) .

وأجازت المادة الرابعة من القانون لوزير الصحة أن يعفى من أداء الامتحان الأطباء من أبناء جمهورية مصر العربية الحاصلين على درجة أو دبلوم من إحدى الجامعات الأجنبية المعترف بها من حكومة جمهورية مصر العربية معادلة لدرجة بكالوريوس الطب والجراحة التي تمنحها جامعات جمهورية مصر إذا كانوا حاصلين على شهادة الدراسة الثانوية أو ما يعادلها

(١) فاتق الجوهري ص ١٢٦ .

وكانوا خلال مدة دراستهم الطبية حسنى السير والسلوك. ومواطنين على تلقى دروسهم العلمية طبقا لبرامج المعاهد التى تخرجوا فيها . ويشترط أن يودى هؤلاء الأطباء التدريب الإجبارى إذا لم يكونوا قد أدوا ما يعادله فى الخارج .

٣- أن يقيد بسجل الأطباء بوزارة الصحة وبجدول نقابة الأطباء البشريين . وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة المنظمة لمهنة التوليد (١٢) .

وقد أوردت المادة التاسعة من القانون استثناء من شرط الجنسية والقيد بسجل الأطباء بوزارة الصحة وبجدول نقابة الأطباء البشريين ، فأجازت لوزير الصحة عند حدوث الأوبئة فى أحوال الأخطار العامة أن يسمح بصفة استثنائية وللمدة التى تتطلبها مكافحة هذه الأوبئة والأخطار لأطباء لا تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها فى المادة الأولى بالقيام بالأعمال الطبية التى يؤذن لهم بمباشرتها .

كما أجازت له بعد أخذ رأى نقابة الأطباء البشريين أن يرخص لطبيب أخصائى فى مزاوله مهنة الطب فى جهة معينة بمصر لمدة لاتتجاوز ثلاثة أشهر غير قابلة للتحديد وفقا للشروط المبينة فى هذا الترخيص .

وأجازت له بعد أخذ رأى مجلس نقابة الأطباء البشريين أن يرخص لطبيب فى مزاوله مهنة الطب فى مصر للمدة اللازمة لتأدية ما تكلفه به الحكومة على ألا تتجاوز هذه المدة سنتين قابلتين للتحديد مرة واحدة إذا كان هذا الطبيب من المشهود لهم بالتفوق فى فرع من فروع الطب وكانت خدماته لازمة لعدم توافر أمثاله فى مصر .

وأجازت له أيضا أن يرخص للأطباء الذين يعينون أساتذة أو أساتذة مساعدين في إحدى كليات الطب المصرية في مزاوله الطب مدة خدمتهم ولو لم تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في المادة الأولى .

كما أجازت المادة ١٥ لوزير الصحة بعد أخذ رأى مجلس نقابة الأطباء البشريين أن يرخص للأطباء الفلسطينيين اللاجئين الذين أجبرتهم الظروف القهرية الدولية على مغادرة بلدهم والالتجاء إلى مصر والإقامة فيها والذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في المادة الثانية في مزاوله المهنة بمصر مدة أقصاها سنة قابلة للتجديد مع إعفائهم من تأدية الامتحان المنصوص عليه في المادة الثالثة عند الاقتضاء .

٢٢٢. هل يجوز الترخيص بمزاوله مهنة الطب لأطباء الامتياز؟

لا يجوز الترخيص بمزاوله مهنة الطب لأطباء الامتياز بالمستشفيات المختلفة أثناء فترة التدريب ، والحكمة في ذلك أن الأصول العلمية لمهنة الطب لا تكتمل عند الحاصل على بكالوريوس الطب إلا بالتدريب العملى . وقبل انقضاء هذه السنة ينتسبون إلى طلاب كلية الطب ، فإذا انقضت مدة السنة جاز لهم التقدم للجهات الإدارية المختصة للحصول على ترخيص بمزاوله المهنة .

وهذا واضح مما نصت عليه الفقرتان الأولى والثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٤١٥ / ١٩٥٤ (المعدل) في شأن مزاوله مهنة الطب من أنه: " يقيد بسجل وزارة الصحة من كان حاصلا على درجة بكالوريوس الطب والجراحة من إحدى الجامعات المصرية وأمضى التدريب الإجبارى المقرر .

ويتم التدريب الإجبارى بأن يقضى الخريجون سنة شمسية فى مزاوله مهنة الطب بصفة مؤقتة فى المستشفيات الجامعية والمستشفيات والوحدات التدريبية التى تقررها الجامعات وذلك تحت إشراف هيئة التدريس بكلية الطب أو من تتدبهم مجالس الكليات لهذا الغرض من أطباء المستشفى والوحدات المذكورة ويكون ذلك وفقا للنظم التى يصدر بها قرار من وزير التعليم العالى بالاتفاق مع وزير الصحة ^(١).

٢٢٤- مدى الترخيص الصادر بمزاوله مهنة الطب :

لم يضع القانون رقم ١٩٥٤/٤١٥ (المعدل) حدودا لاختصاص الطبيب البشرى . فهو إذ يحرم على غير الأطباء ذوى المؤهلات سالفة الذكر المرخص لهم بمزاوله المهنة الصور التى حددها على سبيل التمثيل بالمادة الأولى ، قد أباح هؤلاء الأطباء أن يعالجوا جميع الأمراض التى يمكن أن يتعرض لها البشر ، وبجميع الوسائل الطبية المعروفة من أدوية وغيرها . وظاهر من نظام الدراسة فى كليات الطب أن الطبيب الذى يحصل على درجة البكالوريوس فى الطب والجراحة يتلقى دراسة تؤهله لذلك . فإن

(١) علاء الدين حميس ص ٢٦ وما بعدها - ويلاحظ أن القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٦٢ نص فى مادته الأولى على أنه " استثناء من أحكام القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه يرخص لطلاب السنة التدريبية لكليات الطب بجامعات الجمهورية العربية المتحدة فى مزاوله مهنة الطب بصفة مؤقتة وذلك فى المستشفيات الجامعية ومستشفيات وزارة الصحة تحت إشراف هيئة التدريس بهذه الكليات أو من تتدبهم مجالس الكليات لهذا الغرض من أطباء المستشفيات بوزارة الصحة " .

برنامج الدراسة يشمل جميع الأمراض من باطنة أو جلدية أو أمراض النساء والأطفال والأمراض العصبية والعقلية ... إلخ ، فكل طبيب مهياً لأن يكون طبيباً عاماً ، ولو أن بعض الأطباء يختارون فروعاً يتخصصون فيها . وقد دعت الحاجة لوجود الأخصائيين إلى تنظيم دراسات عليا يعطى عنها دبلومات خاصة ، ولكن وجود هذه الدبلومات لا ينفى حق الطبيب الحاصل على درجة البكالوريوس في الطب والجراحة في مزاوله علاج ما يرى أن يعالجه أو ينصرف إلى علاجه من الأمراض أما من حيث طرائق العلاج فإن الطبيب البشرى يجوز له أن يعالج الأمراض ، ليس فقط بوصف الأدوية أو العمليات الجراحية بل بجميع طرائق العلاج الأخرى ، من كهرباء وأشعة وغير ذلك مما يدخل في دراسته ، بل مما يدخل أيضاً في عمل المهن الأخرى المعاونة أو التابعة أو المكملة كإجراء الختان أو الوسائل الطبيعية وحدها ، دون أن يتعرض لأنه مسئولية عن ذلك ^(١) .

غير أنه قد يصدر الترخيص بمزاوله مهنة الطب خاصا بأعمال طبية معينة ، كالحالة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة التاسعة من القانون رقم ١٩٥٤/٤١٥ ، إذ أجازت هذه الفقرة لوزير الصحة عند حدوث الأوبئة في أحوال الأخطار العامة أن يسمح بصفة استثنائية وللمدة التي تتطلبها مكافحة هذه الأوبئة والأخطار لأطباء لا تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها في المادة الأولى بالقيام بالأعمال الطبية التي يؤذن لهم بمباشرتها .

(١) فائق الجوهري ص ١٢٧ وما بعدها .

ويستثنى من ذلك أيضا المهنة التي يشترط القانون لمزاولة ترخيصا خاصا كمهنة العلاج النفسي إذ لا يكفي القانون رقم ١٩٨ لسنة ١٩٥٦ للترخيص بمزاولة الحصول على بكالوريوس الطب أو الجراحة، وإنما يشترط الحصول على دبلوم الأمراض العصبية والعقلية (بالإضافة إلى الترخيص لبعض الفئات الأخرى)، وكذلك مهنة العلاج الطبيعي إذ لا يجوز الترخيص بمزاولة طبها للقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥ في شأن تنظيم مزاولة مهنة العلاج الطبيعي للحصول على بكالوريوس الطب والجراحة .

وبالتالي تعد ممارسة الطبيب البشري لهذه المهنة ممارسة لها بدون ترخيص، ولا يخضع للإباحة المقررة للمرخص له .

وترتبط على ذلك قضيت محكمة النقض بأن :

١- " الأصل أن أى مساس بجسم المحنى عليه يجرمه قانون العقوبات وقانون مزاولة مهنة الطب ، وإنما يبيح القانون فعل الطبيب بسبب حصوله على إجازة علمية طبقا للقواعد والأوضاع التي نظمتها القوانين واللوائح - وهذه الإجازة هي أساس الترخيص الذي تتطلب القوانين الخاصة بالمهنة الحصول عليه قبل مزاولة فعلها ، وينبئ على القول بأن أساس عدم مسئولية الطبيب هو استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون - أن من لا يملك حق مزاولة مهنة الطب يسأل عما يحدده للغير من الجروح وما إليها باعتباره معتديا أى على أساس العمد ، ولا يعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية، ومن ثم يكون سديدا في القانون ما قرره الحكم من أنه لاتغنى شهادة الصيدلة أو ثبوت دراية الصيدلى بعملية .

الحقن عن الترخيص بمزاولة مهنة الطب وهو ما يلزم عنه مساءلته عن جريمة إحدائه بالجنح عليه جرحا عمديا مادام أنه كان في مقدوره أن يتمتع عن حقن الجنح عليه مما تنتفى به حالة الضرورة " .

(نقض جنائي طعن رقم ١٢٦١ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٦٠)

٢ - " من لا يملك حق مزاولة مهنة الطب يسأل عما يحدثه للغير من جروح وما إليها باعتباره متعديا على أساس العمد ، ولا يعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية " .

(نقض جنائي طعن رقم ١٩٢٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ٢٠/٢/١٩٦٨)^(١)

٢٢٥- عقوبة جريمة مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص :

تعاقب المادة العاشرة من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ (المعدل) في شأن مزاولة مهنة الطب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من زاول الطب على وجه يخالف أحكام هذا القانون .

وفي حالة العود يحكم بالعقوبتين معا .

(١) وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - أيضا بأن :

".... فالجرح الذي يحدثه حلاق بمحقن الجنح عليه بإجرائه له عملية إزالة الشعرة غير المرخص له بإجرائها يكون جريمة الجرح العمد . ولا ينفي قيام القصد الجنائي رضاء الجنح عليه بإجراء العملية أو ابتغاء المتهم شفاؤه ، فإن ذلك متعلق بالبواعث التي لا تأثير لها في القصد الجنائي الذي يتحقق بمجرد تعمد إحداث الجرح " .

(طعن رقم ٢٣٠ لسنة ٧ ق جلسة ٤/١/١٩٣٧)

وفي جميع الأحوال يأمر القاضى بإغلاق العيادة مع نزع اللوحات واللافتات ومصادرة الأشياء المتعلقة بالمهنة ويأمر كذلك بنشر الحكم مرة أو أكثر من مرة في جريدتين يعينهما على نفقة المحكوم عليه .

ومع ذلك ، يجوز بقرار من وزير الصحة ، أن يغلق بالطريق الإدارى كل مكان تزاوُل فيه مهنة الطب بالمخالفة لأحكام هذا القانون .

٢٢٦- اشتراط رضاء المريض لممارسة العمل الطبى :

لا يكون العمل الطبى مباحا إلا إذا رضى به المريض ، فالقانون يخصص للطبيب بعلاج المرضى إن دعوه لذلك، ولكن لا يخوله الحق فى إخضاعهم للعلاج رغما عنهم .

ورضاء المريض ليس سبب الإباحة ، ولكنه مجرد شرط من شروطها ، وعلة تطلبه رعاية ما لجسم الإنسان من حصانة .

٢٢٧- ممن يصدر الرضاء بالعمل الطبى ؟

يجب أن يصدر الرضاء من المريض ذاته ، إذا كان بالغاً سن الولاية على النفس، لأن الرضاء يتعلق بجسم المريض فهو من المسائل المتعلقة بالنفس^(١).

(١) فائق الجوهري ص ٢٤٥ وما بعدها - قارن الدكتور حسن زكى الإبراشى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية فى التشريع المصرى والقانون المقارن - دار النشر للجامعات المصرية ص ٣١٤ فهو لا يشترط لرضاء المريض أن يكون بلغ سن الولاية على النفس ويذهب إلى أنه لما كان المشرع لم يحدد سناً معينة لذلك فإن المسئولية تبقى موضوعية يقدرها الطبيب طبقاً لظروف الحال ، فإذا ظهر له أن القاصر قادر على التعبير عن إرادة صحيحة فلا يجوز له أن يجرى علاجاً رغم إرادته ولو دعاه والده إلى إجرائه . وبالعكس إذا ظهر له أن =

وسن الولادة على النفس يتحقق بالبلوغ ويثبت البلوغ طبقا لرأى
الصاحيين المقتضى به فى المذهب الحنفى ، بالنسبة للغلام بالاحتلام مع
الإنزال أو الإحبال أو الإنزال لأى سبب ، وللبنات بالحيض أو الاحتلام
مع الإنزال أو الحبل .

والحد الأدنى للبلوغ اثنتا عشرة سنة للغلام وتسع سنين للبنات .
أما إذا لم يتحقق ذلك ، فإن بلوغهما يتحقق إذا أتما خمس عشرة سنة ،
ونحسب السن طبقا للتقويم الهجرى ^(١) .

أما إذا لم يبلغ المريض هذه السن ، أو كان المريض مجنونا ، فإن الرضا
يجب أن يصدر من ولى النفس ، وإذا كان المريض معتوها فإن الرضا يصدر
منه فى فترات الإفاقة ، ومن ولى النفس فى غيرها .

والعبرة برضا الزوجة ، إذا تعارضت مع زوجها .
وإذا اختلف الطبيب والزوج حول إجراء عملية جراحية للزوجة ،
وهى فى حالة لا تمكنها من إبداء رأيها . فإذا كانت الزوجة تعالج فى منزلها
فإن الطبيب عليه أن يجرى العملية بغير رضا الزوج .
ولكن إذا كانت المريضة فى مستشفى . فإن الطبيب يستطيع أن يجرى لها
العملية بعد أخذ موافقة زملائه .

المريض طفل لا يقدر خطورة حالته وأهمية العلاج بالنسبة له فلا تثريب عليه إن
هو تجاوز عن رأيه ، ولكن عليه أن يأخذ رضا أهله الأقربين ممن يستطيعون
تمثيله فى هذا الشأن .

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى الأحوال الشخصية المجلد
الثالث ص ٧٣ .

وإن كان يلزم لإنفاذ الزوجة الحامل التضحية بالجنين، فإن كان يجب النظر بعين الاعتبار إلى حقوق الزوج على ولده إلا أن العبرة في النهاية تكون برغبة الزوجة نفسها لأن حقها الطبيعي أن تعيش وليس للزوج أن يفرض عليها أن تضحي بحياتها في سبيل جنين لم ير بعد نور الحياة وقد لا يراه^(١).

٢٢٨- نطق الرضاء :

الرضاء الصادر من المريض بخصوص علاج معين أو جراحة معينة . يجب أن يكون قاصرا على هذا العلاج أو العملية بعينها ولذلك درج الأطباء على أخذ موافقة المريض مقدما على إجراء أية عملية جراحية أخرى يتضح لزومها عند إجراء العملية المتفق عليها . كأن يشترط الطبيب على المريضة في عملية استئصال أحد المبيضين أن يستأصل المبيض الثاني إذا وجد أن المسألة تدعو إلى ذلك.

غير أن من حق الطبيب أن يجري في أثناء العملية المتفق عليها - دون رضاء المريض - أية عملية يتضح لزومها لإنفاذ حياة المريض ، وكانت بحيث لا يحتمل إجراؤها أى تأخير ، أو يكون من شأن الانتظار حتى يفیق المريض من العملية الحاضرة لأخذ رضائه أن يقلل من نجاحها لعدم تحمل المريض تخديرين متلاحقين لأن صالح المريض في هذه الحالة يفنى عن رضائه أو يساويه^(٢).

(١) فائق الجوهري ص ٢٤٩ وما بعدها - حسن زكي الإبراشي ص ٣١٥ .

(٢) فائق الجوهري ص ٢٥٠ وما بعدها .

ومما يدخل في موضوع الرضاء أن يطلب المريض أن يعالج بعلاج معين، فإنه لا يصح للطبيب في هذه الحالة أن يعالجه بعلاج آخر . غير أنه يجوز للطبيب أن يعالج المريض بعلاج آخر ، إذا كان هذا العلاج الآخر أقل ألماً أو خطراً من العلاج الذي اختاره المريض جهلاً منه .

٢٢٩- وجوب صدور الرضاء عن إرادة حرة :

يجب أن يصدر رضاء المريض بالعمل الطبي عن إرادة حرة وعلم صحيح . فيجب أن يعرف المريض حقيقة حالته وأهمية العلاج بالنسبة له ، والخطر الذي يمكن أن ينجم عنه ، كما هو الحال في العلاجات الجديدة الخطرة .

غير أن هناك حالات كثيرة يكون من الملائم فيها أن يجهل المريض خطورة حالته، بل إن المريض يؤثر في نفسه أن يظل جاهلاً بهذه الخطورة . وقد يؤدي مواجهة المريض بخطورة حالته إلى الحط من حالته النفسية أو إصابته بصدمة عصبية تؤدي بحياته .

ومن ثم فإن الطبيب في هذه الحالات لا يكون ملزماً بإخبار المريض بحالته . ويكتفى بأن يطلع أهل المريض على هذه الحالة .

ولكن من الملائم أن يذكر الطبيب للمريض الأضرار التي يمكن أن تعود عليه من جراء إهمال العلاج حتى يحمله على قبوله دون الدخول في التفاصيل الطبية .

وإذا استدعى التوليد استعمال آلات جراحية قد تعرض الحامل لأخطار ، فيجب عدم إبلاغها بالخطورة ونسبة الوفيات فيها، وإنما يمكن

إفهامها أنها لا تستطيع أن تلد وحدها وأن الحالة تحتاج إلى مساعدة جراحية، وأن هذه هي الطريقة الوحيدة المناسبة ، أو أن الطفل لا يستطيع الخروج عن طريق الجهاز التناسلي ولذلك فإنه سوف يخرج عن طريق البطن .

ويجب أن يظل رضاء المريض قائما حتى وقت إجراء العمل الطبي. إذ له أن يعدل عن رضائه في أى وقت قبل ذلك ^(١).

وقد نصت المادة ١٩ من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى على أن :

" يجوز للطبيب لأسباب إنسانية عدم اطلاع المريض على عواقب المرض الخطيرة وفي هذه الحالة عليه أن ينهى إلى أهل المريض خطورة المرض وعواقبه الخطيرة إلا إذا أبدى المريض رغبته في عدم اطلاع أحد على حالته أو عين أشخاصا لاطلاعهم عليه .

٢٢٠- شكل الرضاء :

الرضاء قد يكون صراحة أو ضمنا ^(٢).

(١) فائق الجوهري ص ٢٥٦ وما بعدها .

(٢) علاء الدين خميس ص ٤٦ - فائق الجوهري ص ٢٥٨ - محمود نجيب حسنى

ص ١٨٥ - محمدى رجب عطية للمقال المشار إليه ص ٤٠٠ - وعكس ذلك

محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثانية ١٩٥٥

ص ٩٩ فيشترط أن يكون الرضاء صريحا .

وإذا كان الرضاء صريحاً فلا يشترط أن يكون كتابة إذ لم يشترط القانون ذلك ، كما أن اشتراط الكتابة لا يستطاع تحقيقه في كل الأحوال بسبب حالة المريض الجسمية أو النفسية .

ويكون الرضاء الضمني تطبيقاً للمادة ٩٠ مدني التي تقضى بأن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود" .
ومثل الرضاء الضمني أن يذهب المريض إلى غرفة العمليات بعد أن علم بنوع العملية التي تقتضيها حالته ، وذلك بعد إيضاح نوع الجراحة تفصيلاً .

ولكن لا يستفاد الرضاء الضمني من مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب إذ أن الأعمال الطبية متنوعة ، وقد يرضى المريض ببعضها دون البعض ، ولذلك كان متعيناً أن يعلم بما ينسب إليه الرضاء به ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض في فرنسا (في ٢١/١٠/١٩٣٣) بأن رضاء المريض بأن يجري له فحص خطر لأحد أعضائه يمكن أن يستتج من طلبه بناء على نصح أطباء آخرين تدخل الاختصاصي الذي أجرى الفحص .

٢٣١- استثناءات من شرط الرضاء بالعمل بالطبي :

يستثنى من شرط توافر رضاء المريض بالعمل الطبي ، الحالات التي يوجد فيها نص قانوني عام أو خاص يمثل هذا التجاوز لصالح المريض ذاته

(١) محمود نجيب حسني ص ١٨٦ - علاء الدين خميس ص ٤٧ وما بعدها .

أو لصالح عام يدعو إليه كوقاية الجماعة البشرية أو الأجيال المقبلة من الأمراض أو الأخطار أو صيانة الحياة الاقتصادية أو الدفاع عن الدولة أو تحقيق العدالة .

ومثال ذلك ما يأتي :

١- حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة ٦١ من قانون العقوبات ،

التي تجرى على أن :

" لا عقاب على من ارتكب جريمة ألبأتها إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى " .

فإذا اعتقد الطبيب اعتقاداً له ما يبرره ، بأن في مباشرة العملية الجراحية التي رضى بها المريض ما يدعوه إلى إجراء عملية جراحية أخرى رأى ضرورة إجرائها حالاً ، وكان في إرجاء ذلك حتى يفيق المريض ويستحصل على رضائه بإجرائها خطر على حياته ، فلا يكون الطبيب مسؤولاً . ولا يمنع من توافر الضرورة أن تكون الحالة المرضية التي حدثت للمريض وعرضته للخطر هي ذاتها من فعل الطبيب في أثناء علاجه ، كأن يخطئ في العلاج خطأ يعرض مريضه للخطر . فإن المتفق عليه أن الذي يمنع من تطبيق المادة إذا كان الخطأ من جانب الطبيب ، هو الفعل العمد . أما إذا كان الخطر قد نبهم عن إهمال الفاعل ، فإن ذلك لا يمنع من تطبيق النص ، وعلى

الأخص حيث يكون اخطر قد نشأ عن فعل مشروع ، وهو الحال عندما يزاول العلاج ذو صفة في إجراءاته. وليس للمحاكم أن تتدخل في صناعة الأطباء فتحكم بأن العملية الجراحية التي أجراها الجراح كانت لازمة أو غير لازمة، ولو ظهر فيما بعد أن هذه العملية لم تكن تقتضيها الضرورة^(١). وقد أخذت بذلك محكمة كويك في ١٤/٣/١٩٣٠ في قضية طبيب شق بطن امرأة لإزالة الزائدة الدودية فوجد مبيضيها ملتهبين فاستأصلهما . ولكن يحسن ألا ينفرد الطبيب بالعمل وحده في أحوال الضرورة ما أمكن ذلك .

غير أن توافر شروط حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة ٦١ عقوبات سائلة الذكر، وإن كانت تنفي المسؤولية الجنائية عن المتهم وتؤدي إلى تبرئته ، إلا أنها لا تنفي مسؤوليته المدنية ، فإذا اتضح للمحكمة أنه أخطأ في سلوك الطريق الذي اختاره مع انطباق شروط المادة قضت عليه بالتعويض .

وعلى هذا نصت المادة ١٦٨ بقولها : " من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر عداقه أو بغيره ، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا " .

(١) فائق الجوهري ص ٢٦٠ وما بعدها - حسن زكي الإبراشي ص ٣٢١ وما بعدها

وقد قضت محكمة النقض - في ظل القانون المدنى القديم - بتاريخ ١٧/١١/١٩٤١ فى القضية رقم ١٩٠٧ لسنة ١١ ق بأن :

" إذا كانت الواقعة جسيميا أوردتها الحكم المطعون فيه ليس فيها ما يفيد أن الحادث كان - كما انتهت إليه المحكمة - نتيجة قوة قاهرة، أو أن إرادة المتهم وقت وقوعه منه كانت منعدمة متلاشية، بل تفيد أن المتهم إنما ارتكب ما ارتكبه مريدا مختارا بعد أن وازن بين أمرين : القضاء على حياة الغلام الذى اعترض سيارته عند مفترق الطرق أو الصعود بالسيارة على إفريز الشارع حيث وقعت الواقعة ، فهذا الفعل أدنى إلى أن يوصف فى القانون بأنه من قبيل أفعال الضرورة التى تحدث عنها قانون العقوبات فى المادة ١٦١ الواردة فيها الشروط الواجب توافرها فى حق من يصح له أن يتمسك بها . وهذه الشروط لتعلقها بالمسألة الجنائية ، لاتأثر لها فى المسألة المدنية التى مناطها دائما الخطأ . فمضى ثبت وقوع الخطأ أو التفصير فقد حق على من ارتكبه ضمان الضرر الناشئ عنه ولو كانت فعلته من الوجهة الجنائية لاعقاب عليها .

وإذا كان الفعل المرتكب فى حالة الضرورة لايتناسب بحال مع ما قصد تفاديه، بل كان بالبداية أقل منه شأنًا وأجل خطرا وأكبر قيمة، فإن التعويض يكون واجبا إذا ما لحق الغير ضرر. وذلك على أساس توافر الخطأ فى الموازنة ، وقت قيام حالة الضرورة، بين الضررين لارتكاب أحدهما".

- ٢- المرضى من رجال الجيش فإنهم بانخراطهم في سلك الجندية يفقدون ما لهم من حقوق على أجسامهم بحيث يصبح رضاهم غير لازم فيما تتطلبه حالتهم من أنواع العلاج فالحرية الفردية تتلاشى أمام سلامة الدولة التي توجب المحافظة على القيمة الاجتماعية لجنود الوطن^(١).
- ٣- ماتنص عليه القوانين والقرارات من علاج المصابين بأمراض معدية، وحجز المصابين بالأمراض العقلية .

٢٢٢- مسؤولية الطبيب عن الخطأ الفني والخطأ العادي :

يسأل الطبيب عن خطئه الفني ، وهو الخطأ الذي يقع من الطبيب إذا خالف الأصول الفنية التي توجبها عليه مهنة الطب، كما إذا ارتكب خطأ في التشخيص أو العلاج أو في إجراء عملية جراحية . كما يسأل عن خطئه العادي (المادى) وهو الذى يخرج بطبيعته عن مهنة الطب ، ويقع فيه الطبيب كما يقع فيه غيره من آحاد الناس ، وذلك حين لا يلتزم بمقتضى الحرص المفروض على كافة الناس، ومن أمثلة هذا الخطأ أن يجري الطبيب الجراحة في العضو السليم بدلا من العضو المصاب ، أو يترك المريض يقع من فوق منضدة العمليات لأنه وضع في غير الموضع الصحيح، أو إجراء عملية جراحية بيد مرتعشة أو وهو في حالة سكر أو ترك قطعة

(١) حسن زكى الإبراشي ص ٣٠٧ .

من الشاش أو أداة في بطن المريض، أو إخراج المريض من المستشفى قبل استكمال مدة علاجه^(١) .

وإن كان يراعى أن الأمر يدق أحيانا في التفرقة بين الخطأ العادى والخطأ المهين ، فمثلا عدم الأمر بنقل المريض إلى المستشفى في الوقت المناسب اعتبره البعض خطأ عاديا في حين أن الأمر بالنقل إلى المستشفى يحتاج حتما لتقدير حالة المريض الطبية وما قد يتعرض له من أخطار لو بقى خارج المستشفى . كذلك ترك قطعة شاش أو آلة في جسم المريض أثناء العملية الجراحية فقد يتبادر إلى الذهن أنه خطأ عادى غير أن السرعة التي تتطلبها بعض العمليات الجراحية قد تجعل منه خطأ مهنيا^(٢) .

وقد قصت محكمة النقض بأن :

١ - " مسئولية الطبيب لا تقوم - في الأصل - على أنه يلتزم بتحقيق غاية هي شفاء المريض وإنما يلتزم ببذل العناية الصادقة في سبيل شفائه .

(١) السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٦٤ ص ٩٣٢ - الدكتور حمدي عبد الرحمن معصومية الجسد بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس العدد الأول والثاني - السنة ٢٢ يناير ويوليو سنة ١٩٨٠ ص ٧٤ وما بعدها - الدكتور محمد زكى أبو عامر المحاضرة المشار إليها - الدكتور سليمان مرقس المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية القسم الأول الأحكام العامة ١٩٧١ ص ٣٨١ - حسن زكى الإبراشي ص ١٣٣ وما بعدها .

(١) حسن زكى الإبراشي ص ١٣٦ .

ولما كان واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها ، فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمرضى ويفوت عليه فرصة العلاج مادام هذا الخطأ قد تدخل بما يؤدي إلى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل من الواقع أن الطاعن - طبيب قد أمر بنقل مريضة من مستشفى إلى آخر، وهي على وشك الوفاة وقبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها واتخاذ ما يجب بشأنها مما أدى إلى التعجيل بوفااتها، واعتبر الحكم هذا التصرف خطأ لا يبرره له ادعاء الطاعن بعدم ضرورة التدخل الجراحي إذ أن هذا الادعاء - بفرض صحته - لم يكن ليحول دون إحالة المريضة إلى القسم المختص لفحصها وتقرير العلاج اللازم لها وتأخير نقلها من هذا المستشفى إلى الوقت الملائم لحالتها المرضية ، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٣٨١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢)

٢- " التزام الطبيب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليس

التزاما بنتيجة هي شفاء المريض ، وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية

المطلوبة منه تقتضى أن يذل لمريضه جهودا صادقة بقطعة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المستول، كما يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة جسامته " .

(طعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢١)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الايضاحات وبعد المداولة .

من حيث إن قرار مجلس التأديب المطعون فيه قد صدر بجلسته ١٩٨٨/٣/١٢ وأن تقرير الطعن المائل فيه قد أودع قلم كتاب المحكمة بتاريخ ١٩٨٨/٤/١٢ فمن ثم يكون الطعن قد أودع بمراعاة المواعيد القانونية المقررة بما يتعين معه الحكم بقبوله شكلا .

ومن حيث إنه بالنسبة للموضوع فإن وقائعه تخلص - حسبما يبين من الأوراق- في أنه بتاريخ ١٩٨٣/٩/٢١ حضرت السيدة إلى استقبال الولادة بمستشفى الدمرداش وتم إدخالها للمستشفى ، وقام الطاعن بإجراء جراحة قيصرية لها لوجود الجنين في غير الحالة الطبيعية ، وتمت الولادة بنجاح إلا أن المريضة ظلت تعاني ولدة سبعة أيام بعد العملية من ارتفاع في درجة الحرارة غير معلوم السبب وأنه بعد خروجهما من المستشفى - طوعا

أو كرها - زادت حالتها سوءاً مما اضطرها للجوء إلى طبيب خاص حيث تم عمل أشعة لها تبين منها وجود جسم غريب في البطن فتم إبلاغ النيابة العامة التي أجرت تحقيقاً في الموضوع ، وأحالت المريضة إلى مستشفى الزهراء الجامعي حيث تم عمل استكشاف في الجانب الأعلى والأيسر من البطن، وتم العثور على فوطة بطن من الشاش مما يستعمل في التشيف في عمليات فتح البطن، وأن الفوطة وجدت ملتصقة تماماً بالأمعاء الدقيقة والقولون، وتم إخراج الفوطة وإجراء الجراحة اللازمة للأمعاء المتهكة وجدار البطن ، وقد انتهت النيابة العامة من تحقيقاتها إلى مسؤولية الطاعن الطبيب..المدرس المساعد بكلية طب جامعة عين شمس الذي أجرى جراحة القيصرية للمريضة وكذا الممرضة المساعدة له في العملية ... وتمت إحالتها إلى المحاكمة الجنائية حيث قضى ابتدائياً واستئنافياً بعقاب كل منهما بغرامة مائة من الجنيهات وإلزامهما بتعويض مؤقت مقداره مائة جنيه وواحد للمدعى بالحق المدعى .

وبعد إجراء تحقيق في الواقعة بمعرفة الإدارة القانونية بالجامعة وورود تصرف النيابة العامة بشانها تم عرض الأمر على رئيس الجامعة حيث أصدر قراره رقم ٥٣٥ لسنة ١٩٨٥ بإحالة الطاعن والممرضة ... إلى مجلس تأديب العاملين بالجامعة من غير أعضاء هيئة التدريس ، ثم صدر قرار رئيس الجامعة رقم ٢٩٠ بتاريخ ١٦/١/١٩٨٦ بتعديل الإحالة إلى مجلس تأديب المعيدين والمدرسين المساعدين بالجامعة .

وبمجلسة ١٩٨٨/٣/١٢ صدر قرار مجلس تأديب المعيدين والمدرسين
المساعدين بجامعة عين شمس بمجازاة الطاعن بتأجيل ترقيته عند استحقاقها
لمدة سنة لما هو منسوب إليه، وأقام المجلس قضاءه على أساس أن الطبيب
الطاعن هو المسئول الأول عن الجراحة التي يقوم بها وأنه هو الذى يستعمل
القوت وينبغى أن يكون عالما بعددها ومواصفاتها وأن لايرتكب فى ذلك إلى
المرضة .

ونعى تقرير الطعن على قرار مجلس التأديب المطعون فيه البطالان لمخالفة
القانون والخطأ فى تطبيقه وفساد الاستدلال وقصور التسبيب وإهدار حق
الدفاع ذلك أن إدانة الطاعن جنائياً لا تعنى بالضرورة إدانته تأديبياً لاختلاف
أساس المسئوليتين ومستهدفهما وأنه لا ينبغى الخلط بين مسئوليات الفريق
الطبي القائم بالعملية الجراحية وأن لكل منهم مسئولية المنفصلة وأنه من
غير المتصور أن يكون الجراح مسئولاً عن أخطاء طبيب التخدير أو أخطاء
المرضة وأن ممرضة العمليات طبقاً للعرف والتعليمات هى المسئولة عن
استلام الأدوات والمعدات الطبية معقمة وجاهزة للاستعمال وكذا حصرها
نوعاً وعدداً قبل إجراء الجراحة وبعدها ، وأنه متى كان الثابت أن الطاعن
قد سأل الممرضة قبل قفل بطن المريضة عما إذا كانت القوت والمعدات
التي استلمتها كاملة فأجابته بالإيجاب ، فمن ثم فلا تثريب عليه ولا خطأ ،
إذ هو لم يخطئ فنياً فى إجراء الجراحة ، كما لم يقصر فى متابعة المريضة

بعد الجراحة . هذا فضلا عن أن مسئولية ممرضة العمليات عن القوط وعددها قبل الجراحة وبعدها ليس عرفا غير ذى أصل وإنما هو نص التعليمات المستدعية لهيئة التمريض، وهى دستور عملهم المنظم لمسئوليتهم. هذا فضلا عن أن قرار مجلس التأديب لم يتضمن فى أسبابه ردأ على دفاع الطاعن بشأن الأصول الطبية والأعراف الطبية المقررة فى هذا الشأن لا صراحة ولا ضمناً .

ومن حيث إن الثابت أن الطاعن لا ينازع فى صحة واقعة نسيان فوطه فى بطن مريضة أثناء عملية جراحية قام هو بها بصفته جراحا ، وإنما تنصب منازعته على مدى مسئوليته عن تلك الواقعة وذلك فى ضوء ظروف إجراء الجراحات والتعليمات المنظمة لمهنة التمريض وما تجرى به الأعراف الطبية .

ومن حيث إنه ليس من شك فى أن الطبيب فى أدائه لرسالته ليس ملتزماً بنتيجة، فإنه ليس من شك أيضا أنه ملتزم فى أداء هذه الرسالة ببذل عناية الرجل الحرىص، وأن صور هذه العناية تدق وتنطق باليقين بالنسبة للطبيب الجراح .

ومن حيث إنه وأيا كان مبلغ قوة الأعراف المهنية الخاصة فإنه من غير المقبول أن تفرض هذه الأعراف على المجتمع عامة إذا تضمنت هذه الأعراف ما يستكرهه الفهم العام لهذا المجتمع وتأباه طبيعة الأمور .

ومن حيث إنه وأيا كانت وجهة منطق دفاع الطاعن فيما ذكره من توزيع مسؤولية الفريق الطبي القائم بعملية جراحية ، وكذا ما استشهد به من رأى بعض الخبراء من الأطباء إلا أن منطقاً أكثر وجهة لا يمكن أن يستتبع أن تعتبر ممرضة العملية الجراحية هي المسؤولة عن نسيان فوطة في بطن مريض مجرد أن تقضى التعليمات المنظمة لمهنة التمريض بمسؤولية ممرضة العمليات عن عدد القوط والأدوات قبل العملية الجراحية وبعدها ، ذلك أن ما نيط بالممرضة في هذا الخصوص لا يعدو أن يكون من قبيل أعمال المعاونة للجراح في عناية خاصة ببطن مفتوحة لكائن بشري منوط بهذا الجراح وحده بالأقل مسؤولية قفلها بمحالتها في حالة العجز عن علاجها .

ومن حيث إنه وأيا كان اختلاف أساس المسؤولية الجنائية والتأديبية واختلاف مستهدفهما فإنه ليس من شك في أنه إذا بلغ الخطأ في الأداء المهني للوظيفة العامة حد التجريم الجنائي فإنه من غير المقبول منطقاً أن يقال أن ذلك لا يستوجب لزوماً مسؤوليته التأديبية إذ أن من شأن التسليم بهذا المنطق أن يصبح المقتضى مانعاً .

ومن حيث إنه متى كان الثابت مما تقدم أن مسؤولية ممرضة حجرة العمليات لا تحول دون مسؤولية الطاعن عن نسيان فوطة في بطن المريضة أثناء إجراء جراحة قيصرية لها مساء يوم ١٩٨٣/٩/٢١ بمستشفى الدمرداش فضلاً عن إدانته جنائياً بحكم نهائى عن هذه الواقعة فإن قرار

مجلس التأديب المطعون فيه، معجزة الطاعن استنادا إلى ثبوت هذه الواقعة ومسئوليته عنها يكون قد استند إلى سند صحيح في الواقع والقانون، ويكون الطعن عليه قد استند إلى غير سند صحيح خلق بالرفض " .

(طعن رقم ١٥٦٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٢/٢/١٢)

٢٢٢- مسؤولية الطبيب عن الخطأ السريري :

لا يشترط لانعقاد مسؤولية الطبيب عن خطئه أن يكون هذا الخطأ جسما، وإنما يكفي لمسئولية الطبيب ارتكابه خطأ يسريا^(١).

(راجع نقض طعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢١)

المنشور بالبند السابق) .

ولا مجال لما يقوله البعض بأنه ليس من سبيل إلى أن يستقر اليقين وتثبت الطمأنينة في نفس الطبيب إلا إذا شعر بأنه غير مسئول عن الأخطاء اليسيرة التي يتعرض لها الأطباء لزاما أثناء مباشرتهم لمهنتهم، وأن الطب لازال في سبيل التقدم فيجب أن تتسع للأطباء حرية العمل حتى تسهل عليهم مساهمة النظريات العلمية الحديثة والانتفاع بها بعد التحقق من صحتها ، وفي موازنة الطبيب على الخطأ اليسير إرهابا له فيحل محل روح الابتكار الخوف الدائم من مسؤولية تكاد تكون محتومة إذ يكفي التافه من

(١) السنهوري ص ٩٣٢ - محمد زكي أبو عامر المحاضرة المشار إليها - سليمان

مرقس في المسؤولية المدنية ص ٣٧٧ وما بعدها - حسن زكي الإبراشي ص

١٣٩ وما بعدها - حمدي عبد الرحمن ص ٧٥ - حمدي رجب عطية ص ٤١٥ .

الأمور لكي تتقرر ، لأن ذلك مردود لأنه إن وجب إدخال الطمأنينة في نفوس الأطباء حتى لا يقعدهم الخوف من المسؤولية عن الإقدام المفيد المنتج، فإن من الواجب أيضا حماية الجمهور حتى لا يعث بسلامته استهتار الأطباء^(١).

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط في اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية والمدنية متى توافر الضرر بحسب تعمد الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحزره في أداء عمله وأيا كانت درجة جسامته الخطأ " .

(طعن رقم ٢١٥٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/١/١١)

٢٣٤- التزام الطبيب التزام ببذل عناية :

الأصل أن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لايقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية

(١) حسن زكي الإبراشي ص ١٣٩ وما بعدها - حمدي رجب عطية ص ٤١٥ .

السبق أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل - كما ذكرنا سلفا- عن خطئته العادى أيا كانت جسامته .

وبالترتيب على أن التزام الطبيب هو ببذل عناية، فإن الطبيب لا يلتزم بأية نتيجة مهما كانت في علاج المريض فهو لا يلتزم بمنع المرض من التطور ضد مصلحته وهو لا يلتزم بالألا تسوء حالته، وهو لا يلتزم بالألا تتخلف عنده عاهة بالغة ما بلغت من الشدة ، وفي النهاية لا يلتزم بأن لا يموت ، فحدوث كل هذه الآثار السيئة للمريض إن أمكن تصورها لا يعنى في ذاته أن الطبيب قد أحل بالتزاماته . فهو في أحسن الفروض لا يفعل أكثر من مساعدة الطبيعة لكي تقوى عوامل المقاومة في جسم المريض فكما قال أمبرواز پاريه متحدثا عن نفسه " أنا أعالجه والله يشفيه" .

وقد قضت محكمة النقص بأن :

" مسئولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبه لعلاجـه هى مسئولية عقديـة . والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفاؤه أو بنجاح العملية التى يجريها له ، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق - في غير الظروف الاستثنائية- مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب . عن كل تقصير في مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد

في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول. وجراح التحميل وإن كان كفسيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى اعتباراً بأن جراحة التحميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأى خطر " .

(طعن رقم ١١١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦)

(راجع أيضاً: طعن رقم ٣٨١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢ ،

٤٦٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ منشور ببند ٢٣٢)

فلتقدير سلوك الطبيب إذن على القاضى أن يتساءل عما كان يفعله طبيب يقط في الزمان والمكان اللذين حصل فيهما العلاج مع مراعاة الأصول الفنية وحالة المريض ، وهكذا فإن معيار الخطأ يحتفظ بالمرونة اللازمة لكى يلائم ملابسات الحال ويتمشى مع التطورات الاجتماعية والتقدم العلمى^(١) .

فن الظروف الخارجية التي تجب مراعاتها عند تقدير الخطأ المنسوب إلى الطبيب خطورة الحالة وما تستلزمه من إسعافات سريعة وقد لا تكون محاطة بظروف ملائمة وكون العلاج تم بعيداً عن المستشفيات والأدوات

(١) فائق الجوهري ص ٣٥٥ وما بعدها - حسن الإبراشي ص ١٢٦ وما بعدها .

العلاجية اللازمة أو معونة الزملاء والمرضى إذ أن هذه الظروف وما يماثلها تبيح للطبيب أعمالا لا يستطيع إجراؤها في غيرها .

فمثلا إغفال إجراء أشعة على العضو المصاب وهو ما قد يعتبر خطأ بالنسبة لطبيب المدن لا يمكن أن يؤاخذ عليه طبيب الريف الذى لا تتوفر له الوسائل لإجرائها .

غير أنه لا عبرة في تقدير خطأ الطبيب بأحوال الطبيب الداخلية وهي اللاصقة بشخصه أو بخصائصه الطبيعية والأدبية ، ويدخل فيها ما تعلق بتكوينه الجسماني وبجالاته النفسية ، وعاداته وصفاته . إذ ليس من العدل في شئ أن يرجع في تحقيق مسئولية الطبيب إلى أحواله المتصلة بشخصه من حيث القوة أو الضعف أو اليقظة أو الغفلة أو النشاط أو الخمول حتى لا يتحمل المجموع الآثار السيئة للطبائع الناقصة والمعيبة .

وترتسبا على ذلك ، قضت محكمة دويه في ١٩ يناير سنة ١٩٣١ بأن عاهة الطبيب لا تصلح أن تكون علرا له إذ من حق المريض وإن كان عالما بهذه العاهة أن يفترض أن الطبيب وقد أقدم على إجراء العملية حاصل على كل المؤهلات لإجرائها وأن عاهته لا تؤثر في قدرته في هذه الناحية والحال يجب بالمثل بالنسبة للطبيب الذى يقدم على العلاج وهو في حالة سكر فقد معها شعوره وسلامة تقديره إذ يجب ألا يغرب عن باله أن السكر عاهة خطيرة .

٢٣٥- المستوى المهني للطبيب :

من الظروف الظاهرة التي يجب أن يقيم لها وزن في تحديد مسئولية الطبيب ، ما عرف عنه من علم أو حنرة أو تخصص في ناحية معينة وهو ما يطلق عليه البعض المستوى المهني للطبيب . لأن هذا المستوى يكون معروفا للناس ظاهرا لهم بحيث يوحى إليهم ثقة مشروعة في أن الطبيب سيزل قدرًا من العناية يتفق مع هذا المستوى . فتقاس واجبات الطبيب الناشئ مثلا بمسلك طبيب ناشئ مثله ، وواجبات الطبيب غير المتخصص بمثله ، وتحدد التزامات الأخصائي بمسلك من يكون في مثل تخصصه والتزامات أستاذ الطب بمسلك أستاذ من طرازه.

وقد قضت بذلك محكمة استئناف مصر في ٢ يناير ١٩٣٦^(١) حيث قررت " إنه بالنسبة إلى الأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة في تقدير أخطائهم لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال في المعالجة " .

وقضت محكمة مصر الابتدائية الوطنية في ٢ مايو سنة ١٩٢٧^(٢) بأن: "الطبيب المولد يكون مسؤولا عن استعمال العنف في جذب الجنين رغم كبر حجم رأسه وضيق الحوض استنادا إلى ما قرره الدكتور نجيب محفوظ

(١) المحاماة (١٦-٧١٣-٣٣٤ المجموعة ٣٧ - ٢٦٠-١٩٣) .

(٢) المجموعة ٩٢ - ٢٠ - ١١ .

من أنه يستبعد على طبيب متمرن مختص بالولادة جذب الرأس حتى يفصل عن العنق ، رغم أنه من الجائز أن يحصل ذلك من طبيب غير أخصائى يعالج كل الأمراض " .

ويتعين على القاضى أن ينظر فى تقصى مسلك الطبيب النموذجى الذى يتخذه معيارا يحدد بموجبه التزامات الطبيب المسئول إلى تقاليد المهنة وما جرت عليه عادة الأطباء فى مثل ظروف الطبيب المسئول ، فلا يجوز أن يضع نفسه هو محل الأخير ويتصور كيف كان يتصرف . وكذلك إذا لجأ إلى خبير ، تعين على الأخير أن يجرد نفسه من آرائه الشخصية وأن يقتصر على بيان ما تقضى به تقاليد المهنة وما يجرى عليه أكثر الأطباء الذين تمائل ظروفهم ظروف المدعى عليه ^(١) .

٢٣٦- تعهد الطبيب بشفاء المريض :

ذهب البعض إلى بطلان تعهد المريض بشفاء المريض لاستحالة محله . ولكن الراجح صحة هذا التعهد ، لأن الشفاء ليس مستحيلا ، وغاية الأمر أنه ليس محقق الوقوع .

فيكون تعهد الطبيب به تعهدا بأمر احتمالى ، ولأمانع من أن يضمن الطبيب تحقق أمر احتمالى ، بحيث إذا تحقق هذا الأمر برئت ذمته ، وإذا تخلف كان ضامنا . ولا فرق بين هذا التعهد وبين الاتفاق على تحمل المدين تبعة

(١) سليمان مرقس فى المسؤولية المدنية ص ٣٨٤ وما بعدها .

الحادث الفحائى أو القوة القاهرة والذى أجازته الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ مدنى صراحة بقولها : " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة " (١).

٢٣٧- اتباع الطبيب رأى طبي ما زال محل خلاف :

يسأل الطبيب عن خطئه فى العلاج إذا كان الخطأ ظاهرا لايمحتمل نقاشا فنيا تختلف فيه الآراء .

أما إذا وجدت مسائل علمية خلافية يتجادل فيها الأطباء ، ولم يستقر الرأى عليها ، فلا لوم على الطبيب إذا اتبع هذه المسائل ، ولو كانت مرجوحة طالما كان مؤمنا بها .

وكذلك لا تترتب عليه إذا اتبع وسيلة علاج جديدة لم تسبق تجربتها إذا كان مقتنعا بمجدواها وكان هدفه منها شفاء المريض لا مجرد تجربتها . لأن من مصلحة المجتمع أن يترك باب الاجتهاد مفتوحا أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه . فلا يكون الطبيب مسئولاً إلا إذا ثبت أنه فى اختياره للعلاج قد أظهر جهلا فاضحا بأصول العلم أو الفن الطبى (٢).

(١) مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٨٦ - حسن الإبراشى ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٢) الدكتور محمود نجيب حسنى ص ١٨٨ وما بعدها - سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٨٦ - الدناصورى وعكاز ص ١٣٩٠ وما بعدها - حمدى رجب عطية ص ٤٠٢ .

وقد قضت محكمة الجناح المستأنفة بمحكمة مصر بتاريخ ١٩٢٧/٥/٢^(١) بأنفسه : " المسبدأ الذى يمكن أن يستخلص من هذه الأحكام (الأحكام الفرنسية) هو أنه ليس للمحاكم أن تبحث فى الآراء والنظريات الطبية ، كما أن ليس لها أن تراقب أو تنتقد طريقة العلاج، وبناء على ذلك لا يصح أن يسأل الطبيب لغلطة فى تشخيص المرض أو لأنه باشر عملية جراحية بغير مهارة وقد كان يمكن لطبيب ماهر أن يياشرها بنجاح . "

كما قضت محكمة مصر الابتدائية بتاريخ ١٩٤٤/١٠/٣ بأن :

" إن اختيار الطبيب طريقة للعلاج دون أخرى لا يمكن أن يودى إلى مسئوليته عن طريقة العلاج التى اتبعها مادامت هذه الطريقة صحيحة علمية ومتبعة فعلا فى علاج المرض .

ومسئولية الطبيب عن خطأ العلاج لا تقوم بصفة مطلقة على نوع العلاج الذى يختاره لأن فى ذلك تدخلا فى تقدير النظريات والطرق العلمية وهو ما لا يجوز البحث فيه . ومن حق الطبيب أن يتركه قدر من الاستقلال فى التقدير فى العمل وممارسة مهنته طبقا لما يحمله عليه ضميره وذمته، إلا إذا ثبت أنه فى اختياره العلاج أظهر جهلا بأصول العلم والفن الطبى. فإذا أعطى الطبيب مريضه الجرعة القانونية من الدواء ، فلا مسئولية عليه إذا نشأ من ذلك إصابة المريض بمضاعفات سببها استعداده الشخصى الغير

يمكن معرفته . والقول بأن من موجبات الحيلة أن ينقص الطبيب مقدار الجرعة القانونية لا يعنى أن الطبيب قد أخطأ خطأ يحاسب عليه متى كان قد أعطى المريض الجرعة التى تحددها أصول الصنعة والقول بغير ذلك يتناقض مع أبسط مبادئ المسؤولية ويقحم عليها عناصر لا يمكن ضبطها ويفتح باباً جديداً فى محاسبة الأطباء يؤثر على طمأنينتهم فى عملهم ويعرضهم لنتائج تأيها العدالة " .

وقضت محكمة الجيزة الابتدائية بتاريخ ١٩٣٥/١/١٦ بأن :

" إن خطأ المهنة (الخطأ الفنى) لا يسلم به إلا فى حالات الجهل الفاضح وما إليها إذ الطبيب أحوج الناس لأن تتوفر فيه الثقة وأن يتمتع بالاستقلال فى عمله من جهة اختيار الطريقة الفنية التى يرى أنها أصلح من غيرها فى معالجة مريضه ويجب أن يؤمن الطبيب على أخطائه الناتجة من عدم استقرار السنظريات الطبية فيما يجب عمله فى حالة معينة مادام ما رآه ينطبق على نظرية قال بها بعض العلماء وإن لم يستقر رأى عليها " .

غير أن مسؤولية الطبيب تتحقق إذا اتبع وسيلة مهجورة للعلاج ، إذا

نجم عنها ضرر للمريض .

٢٢٨- التجارب الطبية :

تنص المادة ٤٣ من دستور سنة ١٩٧١ على أنه :

" لا يجوز إجراء أى تجربة طبية أو علمية على أى إنسان بغير رضائه الحر " ، فلا يجوز للطبيب إجراء أى تجربة إلا برضاء المريض الصريح الحر، فيحسب أن يفصح الطبيب للمريض عن كافة ظروف التجربة وأخطارها بحيث يصدر عنه رضاء حر ومتبصر على نحو كامل. والرضاء المستتر، يبدو أكثر إلحاحا فى مجال التجارب عنها فى مجال العلاج العادى .

غير أنه يجب أن يرمى الطبيب من التجربة إلى علاج المريض لا إلى مجرد التجربة فيه لإشباع شهوة علمية ، ولو كان ذلك لخدمة الطب فى ذاته أو الإنسانية جميعا ، لأن الطبيب فى هذه الحالة يكون قد خرج عن الحدود التى رسمها الشارع لإباحة فعله .

ولا يجدى هنا قبول الشخص الذى أجريت عليه التجارب لأن سلامة جسم الإنسان لا يجوز أن تكون محلا للتصرفات وحمايتها من النظام العام، ولا يباح مسها إلا لضرورة فائدة الإنسان ذاته ^(١).

وقد نصت المادة الثامنة من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى على أن :

" لا يجوز للطبيب أن يعلن بأى وسيلة من وسائل الإعلام عن طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج بقصد استخدامها إذا لم يكن قد اكتمل اختبارها وثبتت صلاحيتها ونشرت فى المجلات الطبية كما لا يجوز له أيضا أن ينسب لنفسه بدون وجه حق أى كشف علمى " .

(١) فائق الجوهري ص ٣٠٣ - حمدى عبد الرحمن ص ١٠٣ وما بعدها .

٢٣٩- تكييف علاقة الطبيب بالمريض :

أولاً : حالة اختيار المريض أو نائبه للطبيب :

إذا كان المريض أو نائبه هو الذى اختار الطبيب ، بأن تقدم المريض أو نائبه إلى الطبيب ليقوم بعلاج المريض مقابل أجر يدفع إليه - هو غالباً أجر الطبيب المعلن عنه - فإن تكون قد نشأت علاقة عقدية بين المريض والطبيب .

وبهذا قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسته ١٩٦٩/٦/٢٦ فى الطعن رقم ١١١ لسنة ٣٥ ق (منشور بند ٢٣٤) .

وإذا كان علاج الطبيب للمريض بدون أجر أى على سبيل المجاملة ، فإن ذلك لا يغير من مسئولية الطبيب قبل مريضه ، ويكون التزامه قبله التزاماً ببذل عناية كما لو كان العلاج بأجر^(١) .

ثانياً : حالة تدخل الطبيب بغير دعوة من المريض :

قد لا تسمح الأحوال للمريض باختيار طبيبه ، كشخص يصاب من حادث فى الطريق أفقده وعيه ، فتدخل أحد الأطباء المارين لإسعافه أو استدعاه أحد الحاضرين لذلك ، فإنه لا يمكن القول فى هذه الحالة بوجود عقد علاج طبيى بين الطبيب والمريض ، وإنما تكون العلاقة بينهما فضالة ، وتكون مسئولية الطبيب عن خطئه فى العلاج مسئولية تقصيرية^(٢) .

(١) حسن زكى الإبراشى ص ١٦٤ .

(٢) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٧١ - المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٨ ص ١٣٨٦ .

ثالثاً : حالة الطبيب المعين من قبل مستشفى أو مشروع خاص :

قد يحدث أن يتعاقد طبيب مع مستشفى خاص أو إدارة شركة أو مصنع على علاج المرضى الذين يدخلون المستشفى أو العمال الذين يصابون أثناء العمل . فيكون تكييف العلاقة في هذه الحالة بأنها اشتراط لمصلحة الغير ذلك أن العلاقة بين الطبيب والمريض ما هي إلا نتيجة عقد إيجاب أشخاص تم بين الطبيب وصاحب المستشفى الخاص أو صاحب المشروع الخاص . ولا يقدح في هذا الرأي أن الاشتراط حصل لمصلحة أشخاص غير معينين وقت العقد مادام أنهم قابلون للتعين وقت التنفيذ . وتقريراً على ذلك فإن للمستفيد دعوى مباشرة مستمدة من العقد يستعملها قبل المتعهد ليطالبه بتنفيذ التزامه وعلى ذلك فإن مسؤولية الطبيب في هذه الحالة تكون مسؤولية عقدية ^(١) .

رابعاً : حالة الطبيب الذى يعمل بمسشفى عام :

من المقرر أن الطبيب الذى يعمل بمسشفى عام، يعتبر في مركز تنظيمي أو لائحي، وأنه يخضع تبعاً لذلك للقوانين واللوائح الخاصة بالعمالين بالدولة، وفي هذه الحالة لا يمكن مساءلة الطبيب عن خطئه قبل المريض الذى يعالجه بالمسشفى إلا على أساس المسؤولية التقصيرية .

(١) الدناصوري والشواربي ص ١٣٨٦ وما بعدها - حسن الإبراشي ص ٧٣ وما بعدها .

٢٤٠. رفض الطبيب علاج المريض :

الأصل أن العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة تعاقدية يلزم فيها رضا كل من الطرفين. ومن ثم فإنه يكون للطبيب كامل الحرية في قبول أو رفض الدعوة لعلاج المريض، وإذا رفض علاجه فإنه يستعمل حقاً مشروعاً له .

غير أن ظهور الاتجاهات الحديثة والوظيفة الاجتماعية للمحقوق قيد حرية الطبيب. فحرية الطبيب في مزاولة مهنته يجب أن تستعمل في حدود هذا الغرض الاجتماعي وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه .

فإذا كان المريض في حاجة عاجلة إلى الإسعاف تتطلب التدخل الفوري من الطبيب الحاضر أو الطبيب الذي يلجأ إليه المريض أو ذويه أو من شاهد إصابته ، تعين على الطبيب الذي يلجأ إليه في ذلك أن يبادر إلى إسعافه وعلاجه إلى أن يزول عن المريض الخطر ويتيسر وجود طبيب آخر يتولى علاجه ، وإلا كان امتناعه خطأً يوجب مسئوليته عن الأضرار التي تصيب المريض بسبب ذلك^(١).

كذلك يلتزم الطبيب قبول دعوة المريض للعلاج في الحالة التي يوجد فيها الطبيب في مركز المحتكر ، بمعنى أنه لا يوجد في الظروف القائمة سواء

(١) سليمان مرقس في المسئولية المدنية ص ٣٨٦ وما بعدها - الدناصوري والشواربي ص ١٣٨٩ .

لإسعاف وعلاج المريض، كوجود المريض في مكان ناء ولم يكن هناك سوى طبيب معين أو في ساعة معينة من الزمان لا يوجد فيها غيره. كما يسأل أيضا في حالة التأخير عن الحضور أو التدخل لإنقاذ المريض. ويقدر التأخير على ضوء ظروف الطبيب وارتباطاته ومشاغله ومسئوليته ومدى خطورة الحالة المعروضة أمامه وبصفة خاصة حسب مدى حسن أو سوء نيته^(١).

وقد نصت المادة (١٥) من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرية على أنه : " يجوز للطبيب أن يعتذر عن معالجة أى مريض منذ البداية لأسباب شخصية أو تتعلق بالمهنة، أما في الحالات المستعجلة فلا يجوز للممارس العام الاعتذار كما لا يجوز للطبيب الأخصائى رفض معالجة مريض إذا استدعاه لذلك الممارس العام ولم يتيسر وجود أخصائى غيره ".
أما إذا كان الطبيب يعمل في مصلحة حكومية أو مستشفى عام فليس له أن يرفض علاج المرضى الذين ينبغي عليه علاجهم ، أى ممن يدخلون في نطاق اختصاصه الوظيفي، وكذلك لا يجوز للطبيب أو المستشفى الخاص الذى يتعاقد مع رب عمل معين على علاج العاملين به رفض علاج هؤلاء العاملين ، لأنه يكون في هذه الحالة مسئولاً مسئولية عقدية قبل رب العمل .

(١) فائق الجوهري ص ٣٩٢ وما بعدها - قدرى الشهاوى ص ٤٧٠.

٢٤١- انقطاع الطبيب عن علاج المريض :

إذا قبل الطبيب دعوة المريض لعلاج ، فإنه يلتزم بتنفيذ التزامه ، وإلا كان مسؤولاً عن عدم تنفيذ العقد الذى أوجبه على نفسه ، إلا إذا أقام الدليل على القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ، كما لو استحالت عليه زيارة المريض بسبب انقطاع المواصلات بسبب مرضه ^(١).

وقررت محكمة مارسيليا فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ أن الطبيب الذى يشرع فى معالجة مريض ، ثم يتركه يرتكب إهمالاً يعرضه لفقد أتعابه إذا ترك مسكنه دون أن يترك عنوانه ، أو يترك طبيباً آخر بدلاً منه . لأنه طالما أنه شرع فى علاج المريض فهو قد تعهد بذلك تعهداً ضمناً على أن يستمر فى هذا العلاج ، طالما أن المريض فى حاجة إليه ولا يصح أن ينقطع عن هذا العلاج فجأة .

غير أنه يجوز للطبيب أن يترك المريض إذا وجد مبرراً لذلك ، كأن يهمل المريض فى اتباع تعليماته أو يستعين بطبيب آخر خفية عنه ، مما يعرض كرامته للأذى ، أو يمتنع عن دفع الأجر فى مواعيده . ففى مثل هذه الأحوال يجوز للطبيب أن يترك المريض ، بشرط ألا يكون الترك فى ظرف غير لائق وإلا تحمل الطبيب مسؤولية ما ينشأ عن ذلك من أضرار .

وهذا الالتزام الذى تفرضه الواجبات المهنية يمنع الطبيب من أن يهجر المريض كلما كان هناك سبب يجعل فى حجر المريض خطراً حقيقياً يهدد

(١) حسن الإبراشى ص ٢٥٣ - الدناصورى وعكاز ص ١٣٨٩ .

المريض بالضرر ، كعدم وجود طبيب آخر أو خطر وقف العلاج أو اعتقاد المريض أن الطبيب سوف يستمر في العناية به ^(١).

وقد قررت محكمة السين في ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٠ أن للطبيب الحق في أن يرفض توليد امرأة كان يعالجها مدة الحمل ، إذا حدث أن أصرت أسيرة الحامل على إحضار ممرضة لايعرفها ، فلم تكن تستطيع أن تقدم الضمان من العدوى الذي تقدمه له الممرضة التي اختارها . وقد رأت المحكمة أن الطبيب تصرف بما تمليه عليه الأمانة . وقضت على الزوج بأن يدفع له الأتعاب المناسبة عن العلاج الذي قام به للوالدة في مدة الحمل . كما قضت عليه بتعويض الطبيب عما أصابه من ضرر لسمعته الأدبية برفع مثل هذه الدعوى .

ويسأل الطبيب إذا تغيب عن عيادته فأساء اختيار من يحل محله في علاج المرضى الذين يكون قد بدأ في علاجهم ، بخلاف المرضى الجدد الذين لا يكون قد قيد إزاءهم بشئ . كما أنه لايسأل حتى بالنسبة لمرضاه القدامى عن أخطاء الطبيب الذي يخلفه متى كان معروفا بالكفاءة ^(٢).

وقد نصت المادة (٣٠) من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى على أنه : " لايجوز للطبيب المعالج أن يرفض طلب المريض أو أهله دعوة طبيب آخر ينضم إليه على سبيل الاستشارة .

(١) فائق الجوهري ص ٤٣٤ - حسن الإبراشي ص ٩١ .

(٢) فائق الجوهري ص ٤٣٥ .

إنماله أن لا يستجيب إذا أصر المريض أو أهله على استشارة طبيب معين لا يقبله بدون أسباب ذلك " .

٢٤٢- التزامات الطبيب في توقيع الكشف وتشخيص المرض :

هذه المرحلة هي أهم وأدق المراحل التي تمر بين الطبيب والمريض ، ففيها يحاول الطبيب تعرف ماهية المرض ودرجته من الخطورة وتاريخه وتطوره مع جميع ما يؤثر فيه من ظروف المريض من حيث حالته الصحية العامة وسوابقه المرضية وأثر الوراثة فيه .

فيجب على الطبيب أن يستمع إلى شكوى المريض ويحصل منه ومن ذويه - إذا لزم الأمر- على كافة المعلومات التي يحتاج إليها ثم يشرع بعد ذلك في فحص المريض فحصا دقيقا متلمسا مواضع الألم متحسسا الداء وأعراض المرض ، مستعملا جميع الوسائل التي يضعها العلم تحت تصرفه ليكون رأيه بقدر الإمكان بعيدا عن الخطأ، وله أن يستعين بجميع الطرق العلمية للفحص كالتحاليل بأنواعها والأشعة والرنين المغناطيسي وما شابه ذلك كلما كان ذلك لازما للتثبت من الحالة وصحة التقدير ، وكان في متناول يد الطبيب . أو يمكن إحالة المريض لمن يقوم بهذه الفحوص .

فإذا أهمل الطبيب ذلك ، وسرّع في تكوين رأيه فإنه يكون مسئولا عن جميع الأضرار التي تترتب على خطئه في التشخيص .

وإذا وجد الطبيب نفسه إزاء حالة لايسعفه فيها علمه وجب عليه أن يستعين بأحد زملائه المختصين ، إلا أن تحول دون ذلك الظروف وإلا كان مهملاً^(١).

وإذا استدعى الطبيب أخصائيا بسبب تحيره في تشخيص المرض فإن التقاليد الطبية تفرض على الطبيب إذا خالف رأى هذا الأخصائي أن يخطر ذوى المريض لإجراء استشارة طبية أخرى ، بعد أن يشرح لهم الأمر، فإذا أقرروا رأى الأخصائي كان عليه أن ينسحب .

وقد جاء بالمادة ٢١ من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى الصادرة بقرار وزير الصحة رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٧٤ أنه :
"على الطبيب عند الضرورة أن يقبل (أو يدعو إلى) استشارة طبيب غيره يوافق عليه المريض وأهله " .

ولكن ذلك لايعنى بطبيعة الحال أنه يجب في كل حالة إجراء تحاليل وصور بالأشعة، وإنما يجب الالتجاء إلى هذه الوسائل من وسائل التحقيق الفنى متى ساور التشخيص أى شك يدعو الطبيب إلى وجوب التثبت من صحة رأيه بهذه الوسائل قبل الإقدام على العلاج .

فضلا عن أن الطبيب لايلزم باللجوء إلى الفحص بالتحليل أو الأشعة أو غيرها في الأحوال التى يضيق الوقت فيها دون ذلك ، بأن كانت الحالة

(١) فائق الجوهري ص ٣٩٥ - حكم محكمة منسز في ٢١ مايو ١٨٦٧ .

تحتاج إلى إجراء عملية جراحية على وجه الاستعجال إلى درجة أن المريض لا يستطيع الانتظار لحين إجراء الفحص^(١).

وقد يحصل أحيانا أن تشبه على الطبيب أعراض المرض وتعييه وسائل الفحص في تشخيص الحالة فيجرى عليه عملية استكشافية يشق فيها بطن المريض ليرى موطن الداء من جسمه ويجرى له العملية المناسبة لإنقاذ حياته. ولايسأل الأخصائي عن عدم الكشف عن مرض لا يدخل في دائرة تخصصه ، فمثلا لايلزم من تخصص في أمراض المعدة بفحص الأعضاء التناسلية للمريضة، وهو ما كان يضمن له الوقوف على حقيقة الداء . وإن كان هذا لايعفيه من الاسترشاد برأى الأخصائي في هذا المجال ليتمكن من تشخيص الحالة التي تدخل في اختصاصه .

وعلى الطبيب أن يعترف بعجزه فيستعين بغيره إذا وجد أمامه حالة أشكل عليه تشخيصها أو اشتبهت عليه أعراضها وإلا كان مسؤولا عن خطئه إن هو استبد برأيه .

غير أن الطبيب لا يسأل عن خطئه في التشخيص ، طالما تحرى أصول فنه وراعى الضمير والشرف في تشخيصه للمرض ، متى كان هذا الخطأ ممنا المحتمل أن يقع فيه الطبيب اليقظ إذا أحيط بنفس الظروف الخارجية التي أحاطت به ووجد أمام نفس الحالة التي عرضت عليه. فمثل هذا الغلط

(١) حسن زكي الإبراشي ص ٢٥٠ وما بعدها .

أقرب إلى أن يكون غلطاً من العلم لا من الطبيب لأنه يرجع إلى النقص في العلوم الطبية. فهو خطأ يتعرض له كل طبيب أثناء مزاولته مهنته.

وقد كان الأستاذ بروارديل يقول لتلاميذه في دروس الطب الشرعي " كثيراً ما وقعت في الغلط ولكن ليس لأحد أن يوجه إلينا أى لوم مادامنا قد توخينا الدقة في كشفنا وفحصنا الأعراض والسوابق قبل إجراء التشخيص، فإذا ظهر فساده مع ما اتخذناه من الاحتياط لعدم الوقوع في الغلط ، فليس لأحد أن يحاسبنا ويجب ألا ننسى أن أكبر العلماء لم يسلموا من الغلط " .

وقد قضت محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٦/٣٠ في الطعن رقم ٧٢ لسنة ٢٣ ق بأن :

" فمضى كان الحكم قد أثبت توافر عنصر الإهمال في حق المتهم " مفتش صحة" بعدم اتباعه ما يقضى به منشور وزارة الداخلية رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٧ الذى يقضى بإرسال المعقورين إلى مستشفى الكلب، ولوقوعه في خطأ يتعين على كل طبيب أن يدركه ويراعيه بعض النظر عن تعليمات وزارة الصحة- فإن ما يثيره الطاعن من عدم العلم بهذا المنشور لصدوره قبل التحاقه بالخدمة لا يكون له أساس، ذلك أن الطبيب الذى يعمل مفتشاً للصحة يجب عليه أن يلم بكافة التعليمات الصادرة لأمثاله وينفذها سواء أكانت قد صدرت قبل تعيينه أم بعد ذلك " .

٢٤٢. التزامات الطبيب في وصف العلاج :

متى خلص الطبيب من فحص المريض إلى تشخيص حالته ، ودخل في مرحلة وصف العلاج ، فإن عليه أن يراعى في ذلك بنية المريض وسنه ودرجة استهدافه وقوة احتماله وحالته النفسية ليختار له ما يناسبه من طرق العلاج. فالمرض الواحد ليس علاجه واحداً في جميع الأحوال وما ينفع مريضاً قد يلحق أكبر الضرر بمريض آخر مصاب بنفس المرض حتى لقد قبل إنه ليست هناك أمراض بل مرضى .

وقد قررت محكمة سانت كاتان في ١٦ أبريل سنة ١٨٩١ أن الطبيب يعتبر مخطئاً إذا أمر بعلاج لم يراع فيه بنية المريض وسنه وقوة مقاومته ودرجة احتماله للمواد السامة التي تقدم إليه .

وحتى يكون الطبيب مسئولاً يجب بداهة أن يكون في استطاعته أن يكشف عن ضعف المريض الذي يحول دون استعمال علاج معين^(١).

وعلى الطبيب تحديد جرعة الدواء التي لاتضر بالمريض ، فإذا وصف الطبيب الدواء بجرعة تزيد على الجرعة اللازمة فأدى إلى تسمم المريض كان الطبيب مسؤولاً عن خطئه ، وكذلك إذا كان التسمم نتيجة وصف الدواء على مدد متقاربة على خلاف الأصول الطبية .

أما إذا حدد الطبيب الدواء بجرعة أزيد قليلاً من المعتاد حتى يكون تأثيره أقوى فإنه لا يرتكب خطأ طالما أن الزيادة في الجرعة لم تخرج عن حد المعقول .

(١) حسن زكى الإبراشي ص ٢٧٠ .

ويجب أن يتأكد الطبيب من تحمل المريض للدواء وأن ينبه المريض إلى ما يمكن أن يترتب عليه من أخطار ، ثم يراقب بعناية طوال مدة تعاطيه تأثيره عليه .

ولكن الطبيب لا يسأل إذا لم يكن في إمكانه أن يكشف عما يمكن أن يكون بالمريض من حساسية تحول بينه وبين استعمال الدواء .

وقد قضت محكمة ليون في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٣ بأن الطبيب الذي يصف لمريض دواء عرضه لأن يسممه نتيجة زيادة في الحساسية لدى المريض ، يرتكب خطأ إذا لم يلفت إلى ذلك نظر مريضه أو نظر الذي يحيطون به ، فإنه لا حاجة بالطبيب إلى أن يظل على مقربة من المريض من أجل ملاحظته . فإن من المبالغة أن يفرض على الطبيب مثل هذا الإجراء ، الذي يكون من شأنه ولاشك أن يعطل مزاوله المهنة الطبية ، ويضر بمصالح سائر المرضى على وجه العموم .

وعلى العموم يجب أن يوازن الطبيب بين أخطار العلاج وأخطار المرض ، ولا بد أن تكون أخطار العلاج أقل بكثير من أخطار المرض إذ لا يتصور أن تكون أخطار العلاج أكثر من أخطار المرض إلا في حالة استثنائية فقط وهي حالة ما إذا كانت وسيلة العلاج يرى الطبيب فيها الإنقاذ الأخير لحياة المريض وكانت حالته المرضية ميغوسا منها ، ففي هذه الحالة يكون للطبيب الحرية الواسعة في اختيار هذه الطريقة ولو كانت أخطارها أكثر من أخطار المرض ففي هذه الحالة لا يسأل الطبيب عنها ، لأنها ليست من الأمور الهينة ، لما تنطوى عليه من عناصر هي على قدر كبير من الدقة في

التقدير لمدى فاعلية العلاج من ناحية ومدى قابلية جسم المريض للعلاج من ناحية أخرى^(١).

وعلى الطبيب دائما أن يراعى في علاجه للمريض المعطيات العلمية المكتسبة ، بمعنى أن العلاج الذى يقع عليه اختيار الطبيب يجب أن يكون مقبولا في مجال العلوم الطبية ومتفقا مع الأصول العلمية المستقرة في علم الطب^(٢) ومن ثم يجب على عاتق الطبيب متابعة التطورات العلمية التي تضيف أصولا جديدة إلى الأصول المستقرة في علم الطب حتى يقف دائما على ما استجد من وسائل العلاج ليطبقها مرضاه ، فلا يجهل العلامات والأعراض الجديدة المكتسبة للاستدلال على الأمراض وأنواع العلاج التي يوصى بها لتحقيق الشفاء.

ومن قضاء محكمة النقض - الدائرة الجنائية - أنه :

١ - مزج الطبيب الدواء بمحلول الطرطر بدلا من الماء المقطر الذي كان يتعين مزجه ، يوفر ركن الخطأ الذي أدى إلى موت المرضى أو إصابتهم ، ولو كان الخطأ مشتركا بينه وبين الممرض .

إذ جرى قضاؤها على أن :

" متى كان الحكم وقد انتهى إلى تبرئة المطعون ضده من جرمي القتل والإصابة الخطأ والتماس العذر له وإسقاط الخطأ عنه نظرا لزحمة العمل ، ولأنه لا يوجد بالوحدة الطبية سوى إناء واحد يقطر فيه الماء أو يحضر فيه

(١) حسن الإبراشي ص ٢٧٥ .

(٢) علاء الدين حميس ص ١٦٧ .

الطرطير مما أوقعه في الغلط ، وإلى أن مات من الأطفال كان في حالة مرضية متقدمة تكفى وحدها للوفاة إلا أن الحقن عجل بوفاتهم مما يقطع رابطة السببية بين الخطأ بفرض ثبوته في حقه وبين الموت الذى حدث ، وما ذكره الحكم من ذلك سواء في نفيه الخطأ أو في القول بانقطاع رابطة السببية خطأ في القانون ، ذلك بأنه مادام أن المطعون ضده وهو طبيب مزج الدواء بمحلول الطرطير بدلا من الماء المقطر الذى كان يتعين مزجه فلقد أخطأ سواء كان قد وقع في هذا الخطأ وحده أو اشترك معه الممرض فيه وبالتالي وجبت مساءلته في الحالين لأن الخطأ المشترك لايجب مسؤولية أى من المشاركين فيه ولأن استيثاق الطبيب من كنه الدواء الذى تناولهُ المريض أو في ما يطلب منه في مقام بذل العناية في شفاؤه ، وبالتالي فإن التقاعس عن تحريره والتحرز فيه والاحتياط له إهمال يخالف كل قواعد المهنة وتعاليمها وعليه أن يستحمل وزره.س كما أن التعجيل بالموت مرادف لإحداثه في توافر علاقة السببية واستيحاب المسؤولية، ولا يصلح ما استندت إليه المحكمة من إرهاق الطبيب بكثرة العمل مرورا لإعفائه من العقوبة ، وإن صلح ظرفا لتخفيفها. ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بما يستوجب نقضه " .

(ظعن رقم ٣٣١ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٠)

٢- إهدار محكمة الموضوع ما جاء بتقرير الطبي الشرعى من أن الحساسية التى تنتج عن مادة البنسلين قد تحدث ولو كان قد تكرر الحقن بها لفترات طويلة سابقة ، دون الاستناد إلى أسباب فنية تحمله ليس من شأنه إهدار هذا التقرير يعد قصورا .

إذ قُضت بأن :

" متى كان يبين من الاطلاع على مدونات الحكم الابتدائى الذى اعتنق الحكم المطعون فيه أسبابه أنه حصل واقعة الدعوى بما يحمله أن المجنى عليه قد توفى على أثر تعاطيه حقنة تحتوى على مادة البنسلين كان الطاعن- وهو طبيب الإدارة الصحية للشركة التى يعمل بها المجنى عليه- قد قرر علاجه بها ، وبعد أن أورد الحكم مضمون الأدلة التى أقام عليها قضاءه ودفاع الطاعن خلص إلى عدة تقارير تساند إليها فى إدانته للطاعن من بينها قوله " إن ما ذهب إليه الطبيب المتهم وأبدته فيه الممرضة التى تعمل تحت رئاسته من أن الحقنة التى توفى المجنى عليه من أجلها وعلى أثرها هى الحقنة الثانية من بين الحقن الثلاث التى وصفها له لايقبل عقلا ولايمكن التسليم به لأنه طالما كان من المقطوع به ببساطة أن المجنى عليه المذكور مصاب بحساسية ضد مثل هذا العقار فإنه لايتصور تعاطيه له لأول مرة دون أن يتعرض من جراء ذلك لأية مضاعفات على نحو ما ادعاه الطبيب المتهم ثم ملاقاته الموت فور تعاطيه له للمرة الثانية أو بعد ذلك بفترة وجيزة أنقصاها عشر دقائق زعم كل محاولات إسعافه " - لما كان ذلك ، وكان ما أورده الحكم فى هذا الشأن يتعارض مع ما نقله عن تقرير الطبيب

الشرعى من أن الحساسية التى تنتج عن مادة البنسلين قد تحدث ولو كان قد تكرر الحقن بها لفترات طويلة سابقة ، وأنه وإن كان الأصل أن المحكمة الموضوع كامل السلطة فى تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى المعروضة على بساط البحث وهى الخبر الأعلى فى كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها إلا أنه من المقرر أنه متى تعرضت المحكمة لرأى الخبر فى مسألة فنية بجهة فإنه يتعين عليها أن تستند فى تغييره إلى أسباب فنية تحمله وهى لا تستطيع فى ذلك أن تحل محل الخبر فيها ، لما كان ذلك ، فإن ما قال به الحكم على خلاف ماورد بتقرير الطبيب الشرعى مجردا من سنده فى ذلك لا يكفى بذاته لإهدار هذا التقرير وما حواه من أسانيد فنية وكان خليقا بالمحكمة وقد داخلها الشك فى صحة هذا رأى أن تستجلى الأمر عن طريق المختص فنيا أما وهى لم تفعل فإن حكمها- فضلا عن فساده فى الاستدلال - يكون معيبا بالقصور .

(طعن رقم ٦٠٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٠/٣٠/١٩٧٧)

٣- يتعين على محكمة الموضوع تحقيق ما دفع به الطبيب من احتمال فساد الحقنة التى أعطيت للمجنى عليه وأدت إلى وفاته ، لعب فى تصنيعها أو لسوء فى حفظها أو الرد عليه على هذا الدفاع من واقع دليل فنى .
إذ قضت بأن :

" إغفال الحكم تحقيق ما دفع به الطاعن من احتمال فساد الحقنة التى أعطيت للمجنى عليه لعب فى تصنيعها أو لسوء فى حفظها أو الرد على هذا الدفاع من واقع دليل فنى يعيبه لأنه - فى خصوص الدعوى المطروحة-

دفاع جوهرى من شأنه - لو صح أن يتغير به وجه رأى فيها . ولا يبنى
عن ذلك كله ما ذكره الحكم من أدلة أخرى ، إذ الأدلة فى المواد الجنائية
متساندة يشد بعضها بعضا ومنها مجتمعة تتكون عقيدة القاضى بحيث إذا
سقط أحدها أو استبعد تعذر التعرف على مبلغ الأثر الذى كان لهذا الدليل
الباطل فى الرأى الذى انتهت إليه المحكمة " .

(طعن رقم ٦٠٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٠/٣٠/١٩٧٧)

وقضت محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٧٤/١١/٢٨ بإدانة طبيب
عن قتل خطأ نتيجة إهماله وعدم تحرزه .

وتلخص وقائع هذه الدعوى فى أن طبيب أسنان قام بحقن مريض
بأمبول البنسلين الذى قد يحدث حساسية لدى بعض الأفراد تودى بحياته
وترتب على حقنه بهذا العقار وفاة المريض نتيجة الحساسية من البنسلين.
ففى هذه القضية لم يلتزم الطبيب باتباع الأصول الطبية التى تقتضى إجراء
بعض أنواع التحاليل ضد الحساسية لبعض أنواع الأدوية ومنها البنسلين،
ولذلك فإن الطبيب يعتبر مسئولاً فى هذه الحالة وفى كل حالة يثبت منها
عدم التزامه باتباع الأصول العلمية الثابتة^(١).

٢٤٤- الحقن بمصل التيتانوس :

لاشك أن الحقن بمصل التيتانوس فى حالة الجروح الخطيرة من شأنه أن
يجنب الجرحى خطر الإصابة بمرض التيتانوس، ولكن استعمال هذا المصل

(١) علاء الدين خميس ص ١٧٠ وما بعدها .

في جميع الأحوال يعرض المريض أحيانا لأخطار شديدة ، لاسيما إذا كان له استهداف ذاتي لمضاعفات المصل أو كان قد سبق حقنه به .

ولذلك فإن المبادئ الأساسية التي نادى بها أساطين الطب (ما اقترحته إحدى اللجان في مؤتمر الطب الشرعي في فرنسا دور ١٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦)، والتي تأثرت بها المحاكم في قضائها فوجب التفرقة بين فرضين :
١- إذا كان الجرح غائرا أو غير منتظم وكان قد اتسخ بحيث يصعب تعقيمه كان على الطبيب أن يحقن المصاب بمصل التيتانوس ولا يعرض نفسه للمسئولية ولا يعفيه من هذا الواجب أن يكون المكان الذي حصلت فيه الإصابة مما تنذر فيه حالات التيتانوس.

٢- إذا كان الجرح سطحيا أو كانت ظروف الحال تدعو إلى الشك في احتمال الإصابة بمرض التيتانوس فللطبيب وحده أن يقدر حالة المصاب وما قد يتعرض له من أخطار إن هو حقنه بالمصل . ولا يسأل الطبيب عن المضاعفات الناشئة عن استعمال المصل ولا عن امتناعه عن استعماله طالما أن رأيه قد استوفى فيه التعاليم الطبية الحديثة وبناء على تقدير دقيق للملابسات الحادثة من حيث المكان الذي حصلت فيه الإصابة وسببها وطبيعتها وحالة المريض النفسية وتكوينه الجسماني^(١).

غير أنه يجب التأكيد بالتجربة من أن هذا المصل لا يؤدي إلى حساسية تودي بحياة المريض .

(١) حسن الإبراشي ص ٢٧٥ وما بعدها .

٢٤٥- مسئولية طبيب التوليد :

تبدأ مسئولية طبيب التوليد من ساعة حدوث الحمل، فيسأل عن كل علاج غير مناسب للحالة . وعن إدخال الجنس الرحمي بما يمكن أن يؤدي إلى الإجهاض . وفي الأحوال التي يحدث فيها الإجهاض نتيجة دواء يعطيه الطبيب لعلاج مريض لا علاقة له بالحمل، فإنه يجب على المحكمة أن تبحث فيما إذا كان الطبيب قد أطاع داعي ضرورة علاجية . أو أنه أعطى الدواء برعونة وغير احتياط في استخدام دواء يعرف هو نفسه خطره على المرأة في حالة الحمل .

ويسأل طبيب التوليد عن الإصابات التي تحدث أثناء التوليد ، كتمزق الرحم وخرقه بواسطة جفت الولادة ، أو ثاقب الرأس^(١) أو انتزاع الأمعاء أو بتر بعض أعضاء الطفل كالذراعين لغير ضرورة ، أو كسر جمجمة الطفل ، أو إصابته في عينه ، أو في عصب الوجه بالجفت كما يسأل الطبيب عن إجراء العملية القيصرية بدون حاجة تدعو إلى ذلك ، أو على طريقة مخالفة للأصول، أو سوء ربط الحبل السرى، أو ثقب رأس الجنين بغسر داع ، أو إهمال العلاجات اللازمة للأم أو للطفل الحديث الولادة، طالما ثبت الخطأ .

(١) ثاقب الرأس هو الأداة التي تستخدم في ثقب رأس الجنين بقصد تفريغ مخه لتصغير الرأس وتسهيل خروجها بذلك .

وقضى بأن المولد الذى يغفل ريط الحبل السرى للطفل ويتركه بغير عناية بعد مولده فيترتب على ذلك موته يرتكب جريمة القتل الخطأ^(١).
ويجب أن يكون الخطأ - كما ذكرنا سلفا- واضحا ومميزا وبعيدا عن المناقشات العلمية .

وقد عبرت عن ذلك بوضوح محكمة دويه بتاريخ ١٥/٤/١٨٩٧ فى قضية انتدبت خيراء فيها ، فذكرت لهم صراحة فى حكمها التمهيدى أنها لا تطلب منهم أن يتنوا رأيهم على النظريات العلمية الجدلية، بل على القواعد المسلم بها بين الأطباء عامة، وقد قررت فى حكمها أن مسئولية الأطباء عن الأخطاء الجسيمة التى يرتكبونها فى مزاوله مهنة التوليد إنما تجرى على أساس القواعد العامة لحسن التصرف والاحتياط الذى يخضع له مهنة الطب .

وبتاريخ ٤ مارس سنة ١٨٩٨ أصلت محكمة باريز حكما قضت فيه بإلغاء حكم محكمة الجنح بإدانة طبيب أجرى عملية الولادة فى وسط الليل بواسطة إبرة من إبر التحجيد ، وخرق الرحم بذلك ، وتسبب فى وفاة الوالدة وقد قرر هذا الحكم أنه لا مسئولية جنائية على الطبيب عن الجرح الذى يحدث منه خلال عملية ثقب رأس الجنين ، إذا كان قد اضطر إلى إجراء هذه العملية لأول مرة، وبآلات لرجالية لم يجد تحت يده غيرها ، وفى ظروف تدعو إلى الاستمحال ، وكانت العملية فيها هى

(١) سانت أمزيك فى ١٨ يولية سنة ١٩٣٣- تقضى فرنسى فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٦.

الأمل الوحيد لإنقاذ الأم، ولو أن الختراء قرروا أنه لم يجزها بدرجة المهارة
الأمل الوحيد لإنقاذ الأم، ولو أن الختراء قرروا أنه لم يجزها بدرجة المهارة
الواجبة.
الواجبة.

وتعرض لحكم تفصيلي لدائرة الجنتج المستأنفة بمحكمة مصر صادر
وتعرض لحكم تفصيلي لدائرة الجنتج المستأنفة بمحكمة مصر صادر
بتاريخ مايو سنة ١٩٢٧ (المجموعة الرسمية ص ٢٨ ص ٢٠ رقم ١١) (١)
بتاريخ مايو سنة ١٩٢٧ (المجموعة الرسمية ص ٢٨ ص ٢٠ رقم ١١) (١)
في قضية طبيب نسب إليه أنه لم يتخذ الإجراءات التي يوجبها الفن في
في قضية طبيب نسب إليه أنه لم يتخذ الإجراءات التي يوجبها الفن في
قضية توليد انتهت بوفاة الوالدة. وكانت محكمة الجنتج قد قضت ببراءة
قضية توليد انتهت بوفاة الوالدة. وكانت محكمة الجنتج قد قضت ببراءة
الطبيب، فألغت المحكمة الاستئنافية الحكم، وقضت بتغريم الطبيب عن
الطبيب، فألغت المحكمة الاستئنافية الحكم، وقضت بتغريم الطبيب عن
نهمة القتل الخطأ.
نهمة القتل الخطأ.

واستندت المحكمة في إدانة الطبيب إلى أنه ارتكب عدة غلطات
واستندت المحكمة في إدانة الطبيب إلى أنه ارتكب عدة غلطات
كانت سببا في حصول تزيف تسبب عنه الوفاة وهي :
كانت سببا في حصول تزيف تسبب عنه الوفاة وهي :

أولاً: عدم إتخاذ أى حيلة لمنع الخطر في بادئ الأمر مع ما شاهده
أولاً: عدم إتخاذ أى حيلة لمنع الخطر في بادئ الأمر مع ما شاهده
من حالة المتوفاة قبل الولادة بشهر ثم عشرة أيام من وضع الجنين في البطن
من حالة المتوفاة قبل الولادة بشهر ثم عشرة أيام من وضع الجنين في البطن
وضيق الحوض. وكان يجب عليه أن يتوقع تعسر الولادة، وأن يفهم آل
وضيق الحوض. وكان يجب عليه أن يتوقع تعسر الولادة، وأن يفهم آل
المتوفاة حقيقة الأمر ويشير عليهم بضرورة إجراء الولادة بالمستشفى أو
المتوفاة حقيقة الأمر ويشير عليهم بضرورة إجراء الولادة بالمستشفى أو
عمل ترتيب آخر إذا رأى أنهم صمموا على أن تكون الولادة بالمنزل.
عمل ترتيب آخر إذا رأى أنهم صمموا على أن تكون الولادة بالمنزل.
لا أن يذهب وحده طمعا في الأجر الذي اتفق عليه، وبدون أن يتخذ أى
لا أن يذهب وحده طمعا في الأجر الذي اتفق عليه، وبدون أن يتخذ أى
حيلة، حتى أنه أهمل في أخذ العدد الكافية التي يمكن أن يحتاج إليها في
حيلة، حتى أنه أهمل في أخذ العدد الكافية التي يمكن أن يحتاج إليها في
مثل هذه الحالة غير الاعتيادية.
مثل هذه الحالة غير الاعتيادية.

(١) مشار إليه في فاتق الجوهري ص ٤٢٨ وما بعدها.
(١) مشار إليه في فاتق الجوهري ص ٤٢٨ وما بعدها.

ثانياً : أنه عندما باشر الولادة فعلا ووجد أن الحالة صعبة كما تقدم، لم يبادر بإرسال الوالدة إلى المستشفى، أو يطلب طبيباً آخر لمعاونته في الوقت المناسب، قبل أن يستفحل الخطر. مع أن آل المتوفاة عرضوا عليه ذلك فرفض. ولم يطلب استدعاء طبيب إلا بعد أن ساءت الحالة وحصل نزف شديد وأغمى على المتوفاة .

ثالثاً : الاستمرار في جذب الجنين مدة من الزمن، واستعمال العنف في الجذب . مع ما تبين من كبر حجم رأس الجنين، ومن علم المتهم بوجود ضيق في الحوض، خصوصاً بعد أن جرب أن طريقة الجذب لم تقده في إنزال الرأس لوجود عائق ميكانيكى يمنع من مرور الرأس من الحوض، فلم يكن هناك معنى لاستمرار الجذب مع وجود العائق . ومع علم المتهم أن كل دقيقة تمر تؤثر على الوالدة وتقربها من الخطر شيقاً فشيئاً. ومع أن المسموح أن يستعمل الطبيب طريقة الجذب لحد محدود يقدره القنيون بمدة لا يصرح أن تزيد على خمس دقائق. ويقولون إنه بعد ذلك من المؤكد أن الجنين يموت . وفي هذه الأحوال تكون السرعة جد واجبة . ويجب على كل حال أن يكون الجذب فنيا بحيث يجذب الجنين في اتجاه معين، مع اتخاذ الحيلة لجعل الرأس تدخل في الحوض بأقصى أقطارها . فإذا ما اتخذ الطبيب هذه الاجراءات مدة ، ومع علمه بأن الحوض ضيق، والرأس كبير، فكان يجب عليه أن يوقف هذه الاجراءات ويتخذ غيرها. وهي ثقب الرأس بثاقب الرأس ليصغر حجمها ويسهل نزولها.

رابعاً : طلب المتهم معاونة آل المتوفاة في جذب الجنين ، مع أن الجسد يجب أن يكون فنياً ، وما كان يصح له أن يستعين بمثلهم في مثل هذا العمل الفني الخطير . وهم لا يدرون فيه شيئاً . ولا يقبل القول بإلقاء مسؤولية فصل الرأس عن الجسم على آل المتوفاة ، لأن المتهم هو الذى طلب هذه المعاونة ، فهو المسئول عن ذلك . وما كان فى استطاعتهم فى هذا الوقت الحرج عدم معاونته فيما يطلب . وكان الواجب يقضى عليه فى هذه الحالة بسرعة طلب طبيب أخصائى لمعاونته ، أو يأمر فوراً بإرسال الوالدة إلى المستشفى ، كما أشار الطبيب الذى استدعى أخيراً عندما رأى الحالة سيئة .

(راجع أيضاً بنود ٢٢٩ ، ٢٣٥ ، ٢٤١) .

٢٤٦- مسئولية الجراح :

(أ) - قبل إجراء الجراحة :

يستعين على الطبيب أن يفحص حالة المريض قبل إجراء الجراحة بدقة وعناية ليتبين ما إذا كانت العملية الجراحية المزمع إجراؤها لازمة له من عدمه .

ولا يجوز له الاعتماد على رأى الطبيب المعالج فى لزوم العملية للمريض ، لأن ذلك لا يتفق مع استقلال الجراح ، فإذا أجرى العملية الجراحية التى أشار بها الطبيب المعالج دون أن يتأكد من فحصه للمريض أن العملية لازمة له ،

ثم تبيين بعد ذلك أن هذه العملية كانت غير ضرورية، فإن الجراح يكون مستولاً عما أصاب المريض من ضرر^(١).

فإذا تبين للجراح من فحصه للمريض أنه في حاجة إلى إجراء العملية الجراحية، كان عليه أن يتأكد من مدى احتماله للعملية المراد إجراؤها، وهو مسئول عن القرار الذى يتخذه نتيجة لهذا الفحص ويلتزم الجراح أيضاً باستشارة الطبيب المعالج قبل إجراء الجراحة حتى يستنير برأيه في احتماله للعملية . وعلى الأخص حين تكون العملية خطيرة ، ولو أنه ليس من حق الطبيب المعالج أن يفرض على الجراح طريقة أداء عمله ، فلا يجوز مساءلة هذا الأخصائى إلا إذا ثبت أنه وقع منه خطأ فيما هو واقع في دائرة اختصاصه . كما أنه لا يخفى الجراح من المسئولية أن يكون الطبيب هو الذى أشار عليه بإجراء العملية. فلا يقبل منه الاحتجاج بأنه إنما نفذ رأى الطبيب المعالج. لأن ذلك لا يتفق مع استقلال الجراح وحرية في مزاوله المهنة، وواجبه في فحص المريض قبل أن يجرى عليه الجراحة ليرى ما إذا كانت تقتضيها حالته.

وقد اعتبرت محكمة النقض من قبيل الخطأ ما يأتي :

١- تصدى الجراح لعلاج حالة الفتق الإربى الأيمن المختنق جراحياً في عيادته الخاصة مع عدم قدرته على مجابهة ما صاحب الحالة من غرغرينا

(١) الدناصورى والشواربى ص ١٤١٩ .

بالأمعاء الدقيقة والخصية رغم علمه مسبقا قبل تداخله جراحيا بأن وجود
الغرغرينا أمر متوقع ، مما أدى إلى وفاة المريض .

إذ ذهبت إلى أن :

" ومن حيث إنه يبين من الحكم الابتدائي - الذى أخذ بأسبابه الحكم
المطعون فيه فى خصوص بيان واقعة الدعوى- أنه حصلها بما موجهه أن
المجنى عليه (مورث المدعية بالحقوق المدنية) توجه صحبة شقيقه ... إلى
الطاعن بعيادته يوم ١٩٧٥/٦/٣ يشكو من حالة فتق إرربي فاتفق معهما
الطاعن على إجراء جراحة للمجنى عليه بعيادته وبعد أن قام بإجراء الشق
الجراحى وجد غرغرينا بالأمعاء فأغلق الجرح ونقل المجنى عليه إلى المستشفى
الأميرى حيث أجريت له عملية جراحية إلا أن المجنى عليه توفى فى اليوم
التالى وقد عول الحكم المطعون فيه فى ثبوت خطأ الطاعن على ما أورده
من تقرير الطبيب الشرعى من أن تصدى الطاعن لعلاج حالة الفتق الإربي
الأيمن المختنق لدى المجنى عليه بالعلاج الجراحى فى عيادته الخاصة مع عدم
قدرته على مجابهة ما صاحب الحالة من غرغرينا بالأمعاء الدقيقة والخصية
اليمنى سواء لقصور خبرته أو لعدم توافر الآلات الجراحية اللازمة للاستمرار
فى التداخل الجراحى مع علمه مسبقا قبل تداخله جراحيا بأن وجود
الغرغرينا بالأمعاء والخصية أمر وارد ، يعتبر خطأ مهنيا من جانبه يسأل
عنه وعن نتائجه السيئة التى انتهت بوفاة المريض . لما كان ذلك وكانت

محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائيا أو مدنيا - وقد قررت أن الطاعن قد أخطأ بتصديه لعلاج حالة الفتق الإربي الأيمن المحتقن جراحيا في عيادته الخاصة مع عدم قدرته على مجابهة ما صاحب الحالة من غرغرينا بالأمعاء الدقيقة والخصية رغم علمه مسبقا قبل تدخله جراحيا بأن وجود الغرغرينا أمر متوقع، الأمر الذى انتهى إلى وفاة المريض، فإن هذا القدر الثابت من الخطأ يكفى وحده لحمل مسئولية الطاعن جنائيا ومدنيا ذلك أنه من المقرر إن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط في اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية والمدنية متى توافر الضرر بحسب تعمد الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله وأيا كانت درجة جسامة الخطأ، ولما كان الحكم قد أخذ بالتقرير الطبي الشرعى وعول عليه في إثبات خطأ الطاعن وأن هذا الخطأ قد أدى إلى وفاة المجنى عليه، وكان لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير القوة التدليلية لتقارير الخبراء المقدمة في الدعوى والفصل فيما يوجه إلى هذه التقارير من اعتراضات والمفاضلة بينها والأخذ بما ترتاح إليه وإطراح ما عداه لستعلق هذا الأمر بسلطتها في تقدير الدليل، فإن ما يثيره الطاعن في شأن تعويل الحكم على التقرير الطبي الاستشارى وأقوال طبيى المستشفى الأمريى ينحل إلى جدل في تقدير الدليل لا يتجاوز إثارته أمام محكمة النقض.

لما كان ذلك، وكان من المقرر أن الخطأ المباشر وغير المباشر سواء في ترتيب مسؤولية مرتكبه عن القتل الخطأ، وكان الحكم - قد دلت على أن وفاة الجاني عليه كانت نتيجة خطأ الطاعن وذلك بما نقله عن التقرير الطبي الشرعي - على السياق المتقدم . فإن ما يثيره بشأن مرض الجاني عليه وفرصته الضئيلة في النجاة منه بالتدخل الجراحي السليم يكون غير سديد لما كان ما تقدم، فإن الطعن يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعا وإلزام الطاعن المصاريف المدنية " .

(طعن رقم ٢١٥٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/١/١١)

٢- أن الجراح يعد مخطئا بإجراء جراحة لمريض في العينين معا وفي وقت واحد مع عدم الحاجة إلى الإسراع في إجراء الجراحة وفي ظل الظروف والملابسات المشار إليها في التقارير الفنية - وهو أخصائي - دون اتخاذ كافة الاحتياطات التامة لتأمين نتيحتها والتزام الحيلة الواجبة.

إذ قضت بأن :

(أ) - "إذا كانت محكمة الموضوع - بما لها من سلطة في تقدير الخطأ المستوجب لمسؤولية مرتكبه جنائيا أو مدنيا- قد قدرت أن الطاعن قد أخطأ بقيامه بإجراء الجراحة في العينين معا وفي وقت واحد مع عدم الحاجة إلى الإسراع في إجراء الجراحة وفي ظل الظروف والملابسات المشار إليها في التقارير الفنية- وهو أخصائي - ودون اتخاذ كافة الاحتياطات التامة

لثأمين نتيجتها والتزام الحبيطة الواجبة التي تتناسب وطبيعة الأسلوب الذى اختاره فعرض المريض بذلك لحدوث المضاعفات السيئة فى العينين معا فى وقت واحد الأمر الذى انتهى إلى فقد إبصارهما بصفة كلية، فإن هذا القدر الثابت من الخطأ يكفى وحده لحمل مسئولية الطاعن جنائيا ومدنيا .

(طعن رقم ١٥٦٦ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٣/٢/١١)

(ب) - " لما كان الحكم الابتدائى - فى حدود ماهو مقرر لمحكمة الموضوع من حق فى وزن عناصر الدعوى وأدلتها- قد استظهر رابطة السببية بين الضرر الثابت من خطأ الطاعن وبين ما انتهت إليه حال الجنى عليه من إصابته بالعاهة المستديمة بما أورده من أنه " لو أجرى الفحوص الطبية قبل إجراء الجراحة وتبين منها أن المريض مصاب ببؤرة قححية لامتنع عن إجراء الجراحة ولو أنه أجرى الجراحة فى عين واحدة- لتمكن من تلافى أى مضاعفات قد تحدث له ولما تسبب فى إفقاده إبصار كلتا عينيه " . كما رد على دفاع الطاعن فى شأن انتفاء رابطة السببية بقوله: "وحيث إن المحكمة لاتطمئن إلى دفاع المتهم من أن ما حدث للمدعى بالحق المدنى إنما جاء نتيجة حساسية أصابته فى عينيه، وهو أمر يخرج عن إرادة الطبيب المعالج ذلك أنه حتى على فرض أن المريض قد فاجأته الحساسية بعد الجراحة - فإن ذلك يكون ناشئا من عدم التأكد من خلو جسده من البؤر الفاسدة قبل إجراء العملية ولو كانت العملية أجريت على عين

واحدة لتبين الطبيب ما يمكن تلافيه من حساسية أو مضاعفات حدثت في العين الأولى"، كما أن الحكم المطعون فيه أورد من تقرير الطبيب الشرعي الأخير أن خطأ الطاعن على نحو ما سلف بيانه نقلا عن هذا التقرير - قد عرض مورث المطعون ضدهم للمضاعفات السيئة في العينين معا في وقت واحد وأن الطاعن يحمل مسؤولية النتيجة التي انتهت إليها حالة المريض - وكان الطاعن لا ينازع في صحة ما نقل الحكم المطعون فيه من ذلك التقرير - فإن مؤدى ما أثبتته الحكم من ذلك أنه قد استظهر خطأ الطاعن ورابطة السببية بينه وبين النتيجة التي حدثت بمورث المطعون ضدهم من واقع التقارير الفنية بما مفاده أن الحالة المرضية لهذا الأخير لم تكن تستدعى الإسراع في إجراء الجراحة وأن الطاعن - وهو أستاذ في فنه - بماله من مكانة علمية وطول خبرة فنية كان يتعين عليه أن يتوقع حدوث المضاعفات بعيني المريض عقب الجراحة التي أجراها له وقد كان من مقتضى حسن التبصر والتحرز ألا يغيب هذا عنه خاصة في ظل الظروف والملابسات التي أجريت فيها الجراحة ، وهو ما يكفي ويسوغ به تدليل الحكم على توافر رابطة بين الخطأ والضرر ، ومن ثم فلا محل لتعيب الحكم بالقصور في هذا الصدد .

(طعن رقم ١٥٦٦ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٣/٢/١١)

(ب) - أثناء إجراء الجراحة :
(ب) - أثناء إجراء الجراحة :

يلتزم الجراح بأن يؤدي عمله الجراحي بالمهارة التي تقتضيها مهنته
يلتزم الجراح بأن يؤدي عمله الجراحي بالمهارة التي تقتضيها مهنته
وبالمستوى الذي ينتظره منه المريض، فهو مسئول عن كل خطأ يصدر منه
وبالمستوى الذي ينتظره منه المريض، فهو مسئول عن كل خطأ يصدر منه
ولو كان يسيراً .
ولو كان يسيراً .

فيسأل الجراح عن تجاهل القواعد الرئيسية للمهنة ، كان يهمل في
فيسأل الجراح عن تجاهل القواعد الرئيسية للمهنة ، كان يهمل في
تنظيف الجرح وغسله وسر غوره ، أو ترك بقايا من الشاش أو القطن أو
تنظيف الجرح وغسله وسر غوره ، أو ترك بقايا من الشاش أو القطن أو
آله جراحية ببطن المريض .
آله جراحية ببطن المريض .

ولكن الجراح يخلى من المسؤولية في العمليات التي تكون على درجة
ولكن الجراح يخلى من المسؤولية في العمليات التي تكون على درجة
من الخطورة بحيث يجب إجراؤها بمنتهى السرعة ، وحيث تكون لكل
من الخطورة بحيث يجب إجراؤها بمنتهى السرعة ، وحيث تكون لكل
دقيقة قيمتها ، ومن ثم فإن نسيان قطعة من القطن أو الشاش في جسم
دقيقة قيمتها ، ومن ثم فإن نسيان قطعة من القطن أو الشاش في جسم
المريض لا يعتبر خطأ ، بل مجرد حادث جراحي لا يسأل عنه الجراح . ولكن
المريض لا يعتبر خطأ ، بل مجرد حادث جراحي لا يسأل عنه الجراح . ولكن
يجب لإخلاء مسؤوليته أن يقوم الدليل على أن تركه هذه الضمادة كان
يجب لإخلاء مسؤوليته أن يقوم الدليل على أن تركه هذه الضمادة كان
نتيجة ضرورة علاجية أو قوة قاهرة^(١) .
نتيجة ضرورة علاجية أو قوة قاهرة^(١) .

ولكن الجراح لا يسأل إذا وجدت حالة شاذة لم يكن في إمكانه أن
ولكن الجراح لا يسأل إذا وجدت حالة شاذة لم يكن في إمكانه أن
يعرفها أو يتوقعها كان يقطع الشريان السباتي في عملية جراحية في
يعرفها أو يتوقعها كان يقطع الشريان السباتي في عملية جراحية في
البلعوم ويتضح أن سبب القطع راجع إلى أن هذا الوريد لم يكن في موضعه
البلعوم ويتضح أن سبب القطع راجع إلى أن هذا الوريد لم يكن في موضعه
الطبيعي ولم يمكن للطبيب أن يتنبأ بذلك . أو يهمل ربط الشريان في
الطبيعي ولم يمكن للطبيب أن يتنبأ بذلك . أو يهمل ربط الشريان في

(١) فائق الجوهري ص ٤٢٢ .
(١) فائق الجوهري ص ٤٢٢ .

الفخذ أعلى ورم أنبو رزمى، خاله ورما بسيطا حيث لا يوجد في الحالة ما يدعو إلى الشك في أنه ليس كذلك ولا يلزم الجراح في مثل هذه الأحوال بأن يستشير جراحاً آخر أو يستعين بأحد زملائه^(١).

ولا يسأل الجراح عن إجراء العملية بطريقة دون طريقة أخرى طالما أن الطريقتين مسلم بهما علمياً.

كما أنه لا مسئولية على الجراح إذا اتبع قواعد فنه ولم يحصل منه خطأ ما، ولو لم يحصل من العملية على النتائج التي كان يمكن أن يحصل عليها منها طبيب أكثر مهارة.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في ١٩/٧/١٩٤٧ بأن الطبيب يسأل عن بتر ساق المريض إذا هو أعطى فأمر مساعده برفع بعض أجزاء متضدة العمليات، دون أن يتيه إلى ربط الساق بها، فترتب على ذلك حدوث كسر بها انتهى إلى بترها.

وقضت محكمة دويه في ١٩/١/١٩٣١ بخطأ طبيب أجرى كحتاً لمريضة ويده مصابة بمنحز بمنهما من الحركة. وقد أخذ عليه الخبراء أنه بعد أن خلص المريضة حاول أن يوسع عنق الرحم بالأدوات المعتادة، ثم أدخل إصبعه لإجراء كحت لإصبعي، فلقى مقاومة حاول التغلب عليها فغرق الرحم، وفقدت المرأة إلى المستشفى في حالة سيئة. واستلزم الحال لإنقاذ حياتها بتر رحمها وعمل شرح صناعى لها.

(١) فائق الجوهري ص ٤١٩.

وقد قرر الخبراء أنه كان يجب على الطبيب إزاء الضيق البادى فى عنق الرحم وعدم انفتاحه بما فيه الكفاية ، عدم إجراء العملية التى لم تكن هناك حاجة عاجلة إلى إجرائها . ولكنه بدلا من ذلك حاول إدخال إصبعه فى رحم لم يتمدد عنقه فأدى بذلك إلى تمزقه ، وقد ساعد على ذلك عجز يده اليمنى بسبب إصابته فى الحرب واضطراره إلى الاعتماد على يده اليسرى وحدها " .

ويلتزم الجراح فى بعض الأحوال بحقن المريض بالمصل المضاد للتيتانوس .
وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧١/١٢/٢١ فى الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٦ ق بأن :

" وحيث إن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بمسئولية الطاعن بصفته على قوله إن كبير الأطباء الشرعيين ذكر فى تقريره أنه وإن كان التدخل الجراحى الذى أجرى للمستأنف ضده (المطعون ضده) قد أجرى وفق الأصول الفنية الصحيحة ، وأنه ليس ثمة ما يمكن نسبته إلى المستشفى من خطأ أو إهمال فى هذا الصدد ، إلا أنه من ناحية أخرى فإن هذا التدخل الجراحى قد أجرى متأخرا بعد أن كان قد انقضى على بدء العلاج بالمستشفى حوالى الشهرين رغم ما هو ثابت بالأوراق الطبية من حصول نقص واضح فى الإبصار بالعين اليمنى من ٦/١ إلى ٦/٦٠ وبالعين اليسرى من ٦/٣٦ إلى ٦/٦٠ وبالرغم من أن توتر العينين لم يستقر على وضع ثابت ، وكان

الأجدر التذكير بالعلاج الجراحي مادامت حالة العينين لا تستجيب للعلاج الدوائى، فضلا عن أن العين اليمنى لم توضع بعد العملية تحت الملاحظة الكافية لقياس قوة إبصارها وتوترها وميدان النظر في فترات متضاربة، رغم ما هو ثابت بالأوراق من عدم استقرار حالتها واستمرار شكوى المريض من الصداع بحيث إزادادت التغيرات الضمورية بالعصب البصرى حتى فقدت العين إبصارها دون اتخاذ إجراء آخر لعلاج التوتر العير مستقر فى هبوطه وأنه يؤخذ على المستشفى أنها وقد تبين لها عدم استجابة عين المريض للعلاج الطبى فإنه يكون من الضروري أن تبادر بإجراء الجراحة بعين المصاب بمجرد أن تبين عدم استجابتها للعلاج الدوائى، وأن العين اليمنى لو لوحظت بعد الجراحة للتعرف على مدى احتياجها لعلاج آخر أو جراحة ثانية تجرى فى الوقت المناسب لكان من المحتمل أن يسفر العلاج عن نتيجة أفضل مما انتهت إليه حالة المريض وهذا الذى ذهب إليه كبير الأطباء الشرعيين فى تقريره واضح الدلالة على قيام الخطأ فى العلاج الذى أسفر عن الأضرار الجسيمة التى حاقت بالمستأنف ضده " المطعون ضده " طالب التعويض . وأما قول المستأنف " الطاعن " إنه استعان بطبيين أخصائيين فإنه لا يدرأ عنه شبهة الخطأ ، ذلك أن أولهما لم يستدع إلا بعد دخول المريض بحوالى شهر ، وإذا كان هذا الاخصائى قد أشار بعلاج دوائى فإن هذا لا يغنى المستأنف " الطاعن " من المسئولية لقاء

الثابت مسن تقرير كبير الأطباء الشرعيين من أن حالة مثل هذا المريض كانت تستدعى التداخل الجراحى فور اكتشاف حقيقة المرض ، وخطأ هذا الأخصائى فى العلاج لايعفى المستأنف " الطاعن " من المسئولية ، وأما الأخصائى الآخر وهو الدكتور محمود عبد الحميد عطيه فإنه لم يستدع إلا بعد إجراء الجراحة بوقت طويل ولايشفع ما أشار به من علاج دوائى بعد الجراحة فى نفى المسئولية عن الطاعن فى التداخل الجراحى الذى كان يجب المبادرة به فور اكتشاف طبيعة المرض " ومفاد هذا الذى قرره الحكم أنه اعتبر التراخى فى إجراء التداخل الجراحى يعنى المطعون ضده مدة تقرب من الشهرين على الرغم من أن حالته كانت تستلزم ضرورة المبادرة باتخاذ هذا الإجراء على أثر ظهور عدم جدوى العلاج الدوائى - اعتبر الحكم ذلك خطأ من جانب أطباء المستشفى العسكرى العام لا يبرره تذرعهم بأنهم استعانوا فى علاج المطعون ضده بطبيين إخصائيين ، وأنه إلى جانب هذا الخطأ يقوم خطأ آخر وقع فيه أطباء المستشفى العسكرى العام هو أنهم لم يبذلوا العناية الكافية للعين اليمنى بعد إجراء الجراحة فيها ، وقد أدى ذلك إلى فقد أبصار هذه العين، وأن هذين الخطأين يوجبان مساءلة الطاعن بصفته . ولما كان التزام الطبيب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليس التزاما بتحقيق نتيجة هى شفاء المريض ، وإنما هو التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تنفق فى

غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لايقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطئه العادي أيا كانت درجة جسامته . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد سجل في حدود سلطته التقديرية أخذاً بما أثبتته كبير الأطباء الشرعيين في تقريره وعلى ما سلف البيان أن أطباء المستشفى العسكري العام لم يبذلوا العناية الواجبة في رعاية العين اليمنى بعد إجراء الجراحة فيها إذ لم توضع هذه العين بعد العملية الجراحية تحت الملاحظة الكافية ، وذلك بقياس قوة إبصارها وتوترها وميدان النظر في فترات متتالية ، رغم ما هو ثابت بالأوراق من عدم استقرار حالتها واستمرار شكوى المطعون ضده من الصداع بحيث ازدادت التغيرات الضمورية بالعصب البصري حتى فقدت العين إبصارها دون اتخاذ إجراء آخر لعلاج التوتر الغير مستقر، واعتبر الحكم ذلك خطأ موجبا لمساءلتهم عن الضرر، وهو استخلاص من الحكم سائغ، وكان لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع في وصفها للفعل أو الترك بأنه خطأ مما يستوجب المسؤولية المدنية، وكان ما وصفه الحكم المطعون فيه بأنه خطأ وقع من الطاعن بصفته يصدق عليه وصف الخطأ بمعناه القانوني، وإذ كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن استخلاص محكمة الموضوع لعلاقة السببية بين الخطأ والضرر

هو مما يدخل في تقديرها متى كان سائفاً، وكان ما استخلصه الحكم في هذا الشأن وعلى ماسلف البيان هو استخلاص سائق، وأنه لا يكفي لانتفاء هذه العلاقة ما أورده كبير الأطباء الشرعيين في تقريره من أن إصابة صغار السن بالأجلو كوما الابتدائية كثيراً ما تنتهي إلى ذات النتيجة التي وصل إليها المطعون ضده ، ذلك أنه يجب لاستبعاد خطأ الطاعن كسبب للضرر أن يتوافر السبب المشار إليه في خصوصية هذه الدعوى، وأن يثبت أنه السبب المنتج في إحداث الضرر وكان التقرير قد اكتفى بإيراد رأى علمي مجرد على النحو السالف ذكره دون أن يثبت توافر هذا العامل الخلفي في خصوصية حالة المطعون ضده وأنه السبب المنتج في إحداث الضرر، فلا على الحكم إن هو لم يعتد به في نفي علاقة السببية.

لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى توافر عناصر المسؤولية في هذا الخصوص في حق أطباء المستشفى العسكري أخذا بالرأى الفني الذي أثبتته كبير الأطباء الشرعيين في تقريره ، فإن في ذلك الرد على ما أثاره الطاعن في شأن عدم الاعتداد بالتقرير في هذا الخصوص . لما كان ما تقدم جميعه فإن ما ذهب إليه الحكم من أن ما وقع من الطاعن بصفته على النحو السالف بيانه يعد خطأ يستوجب مسؤوليته، وعلى هذا الأساس أدخل في عناصر التعويض الذي قضى به ما أصاب المطعون ضده من ضرر عن فقد إبصار عينه اليمنى نتيجة الإهمال في علاجها وملاحظتها ورعايتها بعد إجراء الجراحة فيها فإنه لا يكون مخطئاً في القانون أو مشوباً بالقصور في التسبب ومن ثم فإن جميع ما يعيبه الطاعن على الحكم في

هذا الخصوص يكون غير سديد، إلا أنه لما كان الحكم لم يستند في قضائه بمسئولية الطاعن بصفته إلى هذا الخطأ الثابت في جانبه فحسب، وإنما استند أيضا إلى تراخي أطباء المستشفى العسكرى العام في إجراء التداخل الجراحى مدة تقرب من الشهرين، مع أن حالة المطعون ضده كانت تستلزم المبادرة باتخاذ هذا الإجراء فور ظهور عدم جدوى العلاج الدوائى الذى استمر عليه طوال تلك المدة ، دون أن يتحقق الحكم من أن العلاج الدوائى الذى اتبعه الأطباء مع المطعون ضده على النحو الذى أورده كبير الأطباء الشرعيين في تقريره الذى اعتمد عليه الحكم في قضائه، كان لايتفق مع ما تقتضى به الأصول المستقرة في علم الطب وهو ما يجب توافره لمساءلة الطبيب عن خطئه الفنى، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون فوق خطئه في تطبيق القانون في هذا الخصوص قد شابه القصور في التسبب بما يستوجب نقضه لذلك، طالما أنه قضى بتعويض إجمالى عن الأضرار التى حاقت بالمضرور ومن بينها الضرر الناجم عن خطأ الطاعن في التراخي في إجراء التداخل الجراحى والذى قصر الحكم في استظهار الشرط اللازم توافره لثبوته في حق أطباء المستشفى العسكرى العام على النحو السالف بيانه " .

(ج) - بعد إجراء الجراحة :

يظل الجراح مسئولا عن المريض خلال الفترة التى تعقب العملية الجراحية. ويقع الالتزام بمراقبة المريض بعد العملية في المقام الأول على الجراح ولو كان قد استعان بطبيب للتخدير، وهذا لاينفى مسئولية طبيب التخدير المختص بالإنعاش فيما يختص بتخصصه .

وهذا الالتزام يقتضى من الجراح انتقاله لرؤية حالة الجرح، فلا ينبغي أن يكفى بالتفسيرات أو الإيضاحات التليفونية، وأن يراقب الجبس بعد الكسر وأن يفك الجبس في حالة الألم أو ظهور أى علامة للشك . وهو يعتبر مسئولاً عن الفرغينة التى تحدث نتيجة عدم المراقبة ، ويعتبر مسئولاً أيضاً إذا لم يوجه المريض إلى طبيب متخصص إذا ظهرت عليه أعراض تستدعى ذلك^(١) .

٢٤٧- جراحة التجميل :

ينقسم الطب الجراحى إلى نوعي : الجراحة العلاجية وهى التى تعنى بعلاج الأمراض ، فيكون قصد الشفاء ملحوظا فيها، ثم جراحة التجميل أو جراحة الشكل ، وهى التى لا يكون الغرض منها علاج مرض ، بل إزالة تشوية بالجسم. وقد عرفها الدكتور دارتيج بانها: " مجموعة العمليات التى تتعلق بالشكل، والتى يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشرى، تؤثر في القيمة الشخصية ، أو الاجتماعية للفرد " ^(٢).

وجراح التجميل - كغيره من الأطباء - لا يضمن نجاح العملية التى يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى،

(١) علاء الدين خميس ص ٣٠٨ .

(٢) راجع فائق الجوهري ص ٣١٩ .

اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشوية لا يعرض حياته لأى خطر .

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦ فى الطعن رقم ١١١ لسنة ٣٥ ق بأن :

١- "وحيث إن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب والخطأ فى تطبيق القانون، وفى بيان ذلك تقول إنها أثبتت أمام محكمة الموضوع أن الرقعة الجلدية التى وضعها المطعون ضده بذراعها الأيمن والتى نتج عنها تشويه ظاهر بجسمها لم تكن تستلزمها عملية التجميل التى اتفقت معه على أن يجريها لها ، وأنه لذلك يكون الخطأ ثابتاً فى جانبه ، وقد برر المطعون ضده عمل هذه الرقعة بأنه فوجئ أثناء إجرائه للعملية بوجود ورم بهذا الذراع اشتبه فى أن يكون سرطانياً فاضطر لتوسيع الجرح حتى يتمكن من استئصال هذا الورم وكان لابد بعد ذلك من عمل الترقيع، ومؤدى هذا الدفاع أنه كان فى حالة ضرورة من شأنها أن تدرك عنه المسئولية فيما أجراه من توسيع فى الجرح ومن ترقيع له وإذ كانت الطاعنة قد أنكرت وجود الورم الذى ادعى المطعون ضده أنه وجدته بذراعها واستأصله، وذكرت أنه يستحيل طبقاً للأصول العلمية الثابتة فى المجال الطبى وجود ورم يمكن أن يشتهب فيه فى الوضع الذى أجريت فيه العملية، واستندت فى ذلك إلى مراجع علمية وإلى رأى الدكتور يحيى شريف الذى قدمت تقريراً استشارياً .

منه، فإنه كان يجب على محكمة الموضوع أن تطلب من المطعون ضده إثبات حالة الضرورة التي يستند إليها في تبرير النتيجة السيئة التي انتهت إليها العملية أى إثبات وجود الورم، لكن المحكمة لم تفعل واكتفت في الرد على دفاع الطاعنة في هذا الخصوص بقولها في حكمها المطعون فيه، أنه يكفى أن يشتبه المطعون ضده في نوع الورم حتى يكون من واجبه أن يستأصله هو وما حوله من الأنسجة، وهذا الرد لا يواجه دفاع الطاعنة المتضمن إنكارها وجود ورم من أى نوع إذ أنه مع التسليم بصحة ما قرره المطعون ضده وسأيره فيه الحكم المطعون فيه من أن الشك في أمر الورم يبيح له ما فعل، فإنه لا بد من ثبوت وجود الورم أيما كان نوعه ووصفه، وعقب هذا الإثبات يقع على عاتق المطعون ضده. وإذ كان لم يقدم دليلاً على وجود الورم ولم يثبت في أوراق المستشفى التي أجريت فيها العملية ولم يقدم نتيجة تحليل عينة الورم الذي ادعى أنه أجراه في معامل مستشفى القصر العيني، كما أن الطبيين اللذين استند إليهم الحكم المطعون فيه إلى تقريريهما في نفس الخطأ عن المطعون ضده ذكرا أنه لا يمكنهما الجزم بوجود الورم ، وأقاما رأيهما بنفي الخطأ على أساس التسليم بصحة قول المطعون ضده بوجود هذا الورم فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يتحقق من وجود الورم، ولم يقيم الدليل على ذلك يكون قاصر البيان، كما أن ما قرره من أن ما حدث بذراعى الطاعنة من آثار الالتئام بسبب طبيعة

جلدها هو الذى استدعى عمل الرقعة الجلدية لقفل الجرح يدل على أن المحكمة لم تدرك وقائع الدعوى ولم تفهم ما ورد في تقريرى الخبراء المعنيين فيها على وجهه الصحيح، فقد ظنت أن عمل الرقعة الجلدية يرجع إلى طبيعة جلد الطاعنة التى قال عنها الدكتور عبد الله على إنها "كلويديّة" أى أن لديها استعدادا طبيعيا للتليف والبروز في مكان التثام الجروح مع أنه لا علاقة لطبيعة الجلد بواقعة الترقيع فلا المطعون ضده ولا الدكتور عبد الله على قد ادعى أن طبيعة جلد الطاعنة هى التى استدعت عمل الرقعة الجلدية، بل هما استندا إلى هذا الأمر في تبرير وجود البروز في مكان التثام الجروح لا في تبرير عمل الرقعة الجلدية، وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها بنفى مسؤولية المطعون ضده عن إجراء الترقيع الذى أحدث تشويها ظاهرا بجسم الطاعنة على فهم خاطئ لعناصر الدعوى ومخالف لما ورد في تقريرى الخبراء اللذين أخذت بهما المحكمة. وتضيف الطاعنة في السبب الأخير من أسباب الطعن ما مفاده أن مسؤولية الطبيب الجراح هى مسؤولية تعاقدية وأن هذه المسؤولية تختلف باختلاف مستوى الطبيب العادى فمسؤولية الطبيب الاختصاصى أشد من مسؤولية الطبيب العادى، وأن التزام الطبيب في جراحة التجميل هو التزام بنتيجة فإذا لم تؤد العملية إلى تجميل بل أدت إلى تشويه فإن الطبيب يكون قد أحل بالتزامه التعاقدى وحققت عليه المسؤولية وتنتهى الطاعنة إلى أن الحكم المطعون فيه

إذ لم يطبق هذه القواعد القانونية يكون مخالفا للقانون علاوة على ما شابه من قصور على النحو السالف بيانه .

وحيث إن مسؤولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبه لعلاجيه هي مسؤولية عقدية ، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفاؤه أو بنجاح العملية التى يجريها، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق- فى غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لايقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول، وجراح التحميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن لنجاح العملية التى يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها فى أحوال الجراحة الأخرى، اعتبارا بأن جراحة التحميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة فى جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأى خطر. ولئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية خاصة ، أن المريض إذا أنكر على الطبيب ببذل العناية الواجبة فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أن الترقيع الذى أجره له جراح التحميل فى موضع الجرح والذى نتج عنه تشويه ظاهر

يُستدركه لم يكن يقتضيه السير العادى لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب، ويتعين عليه لكى يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التى اقتضت إجراء الترقيع والتى من شأنها أن تنفى عنه وصف الإهمال. لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعنة تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتها أن المطعون ضده أخطأ خطأ جسيما لوضعه رقعة جلدية بذراعها الأيمن نتج عنها تشويه ظاهر بهذا الذراع، ودلت على هذا الخطأ بأن عملية التجميل التى اتفقت مع المطعون ضده على أن يجريها لها لم تكن تستلزم بحسب سيرها الطبيعى عمل الرقعة الجلدية، وإنما برر المطعون ضده إجراء الترقيع بأنه فوجئ بعد شق جلد الذراع الأيمن بوجود ورم اشتبه فى أن يكون خبيثا فاضطر لتوسيع الجرح ليتمكن من استئصال هذا الورم، وكان لابد بعد ذلك من عمل الرقعة لتغطية الجزء الذى نزع منه الجلد، وكانت الطاعنة قد أنكرت وجود الورم الذى ادعى المطعون ضده أنه استأصله وطالبته بتقديم الدليل على وجوده، وقد رد الحكم المطعون فيه على دفاع الطاعنة فى هذا الخصوص بقوله " إن هذا الذى تقوله المستأنفة (الطاعنة) لا يفيدها بشئ فقد اتفق خبيرا الدعوى - وهما الدكتور جمال البحيرى والدكتور عبد الله على - على أنه إذا اشتبه الطبيب الجراح فى نوع الورم

فيجب عليه استئصالا كاملا على أوسع نطاق سواء ظهر بعد ذلك أن الأورام كانت خبيثة أو حميدة وعلى هذا الأساس فإنه يكفي أن يشتهبه المستأنف عليه في نوع الورم بذراعى المسأنفة حتى يكون من واجبه أن يستأصل هذا الورم وما حوله من أنسجة سليمة، وهذا ما فعله المستأنف عليه وأقره عليه خبيرا الدعوى ... وحيث إنه استبان مما تقدم ومن تقريرى خبرى الدعوى أن المستأنف عليه لم يرتكب خطأ في عملية التجميل التى أجراها للمستأنفة وأنه راعى في إجراءاتها القواعد الفنية الصحيحة وأصول المهنة ، فإن ما حدث بذراعى المستأنفة من آثار الالتصام كان بسبب طبيعة الجلد مما استدعى عمل رقعة جلدية لقلل الجرح وهذا لا يمكن للطبيب معرفته قبل إجراء العملية " . وهذا الذى قرره الحكم المطعون فيه وأقام عليه قضاءه بنفى الخطأ عن المطعون ضده بالنسبة لعمل الرقعة بالذراع الأيمن للطاعنة ، ينطوى على قصور في التسيب وخطأ في الإسناد ومخالفة للثابت في الأوراق، ذلك بأنه وقد قام دفاع الطاعنة على أنه لم يكن بذراعها الأيمن أى ورم وطالبت المطعون ضده بتقديم الدليل على ما ادعاه من وجود هذا الورم، فإن ما قاله الحكم من أنه يكفي أن يشتهبه المطعون ضده في نوع الورم في ذراع الطاعنة حتى يكون من واجبه أن يستأصله هو وما حوله من أنسجة، لا يواجه دفاع الطاعنة في هذا الخصوص بما يقتضيه، لأنه يجب لاستقامة قول الحكم أن يثبت أولا وجود

ورم من أى نوع حتى يصح أن يقوم الاشتباه فى أمره، وإذ خلا الحكم من إيراد الدليل على ذلك وكان ما أسنده إلى تقريرى الخبيرين الدكتور جمال السبحيرى والدكتور عبد الله على من أن طبيعة جلد الطاعنة هى التى استدعت عمل الرقعة الجلدية، لا أصل له فى هذين التقريرين ولا فى أوراق الدعوى الأخرى، ذلك أنه لا أحدا من الخبيرين ولا المطعون ضده نفسه ذكر أن طبيعة جلد الطاعنة كان لها دخل فى عمل الرقعة، وإنما استند المطعون ضده والدكتور عبدالله على إلى هذا الأمر فى تبرير حصول البروز والاتساع فى أثر الالتئام بالذراعين لا فى تبرير عمل الرقعة أما هذه الرقعة فقد ذكر المطعون ضده والخبيران فى تبريرها أن استئصال الورم استلزام توسيع الجرح بالذراع الأيمن وأن اتساع الجرح هو الذى اقتضى عمل الترقيع لتغطية الجزء الكبير الذى نزع منه الجلد حتى يلتئم الجرح . ولما كان ذلك وكان تقرير الخبيرين اللذين اعتمد عليهما الحكم المطعون فيه فى نفس الخطأ عن المطعون ضده لا يتنfy بهما خطؤه عن عمل الرقعة الجلدية بالذراع الأيمن للطاعنة إلا إذا ثبت وجود ، الورم الذى ادعى وجود، وكان الدكتور السبحيرى وإن ضمن تقريره أنه لايمكن الجزم بصحة أو عدم صحة ادعاء المطعون ضده بوجود الورم، وأنه لو كان المطعون ضده قد قدم التقرير الخاص بنتيجة تحليل الورم لكان فى ذلك الدليل القاطع على صحة قوله، لكنه لم يقدم هذا التقرير إلا أن الدكتور السبحيرى

مع ذلك قد نفى عن المطعون ضده الخطأ بالنسبة لعمل الرقعة الجلدية على أساس مجرد افتراض بأنه قد اتبع في إجراء العملية ما تقضى به الأصول الفنية من قياس للجرح بعد تشريح الشحم من الأنسجة وقبل أن يقطع الشحم والجلد لإزالته، وهذا الافتراض لا يصلح أساساً لنفى المسئولية مادامت الطاعنة تنكر على المطعون ضده اتباعه تلك الأصول الفنية ، وطالما أن الحكم المطعون فيه لم يقيم الدليل على صحة هذا الافتراض أو على وجود الورم الذى بدونه لا يكون إجراء الترقيع مبرراً من الوجهة الطبية حسبما جاء بتقريرى الخبراء اللذين أخذ بهما الحكم المطعون فيه . لما كان ذلك وكان خطأ محكمة الاستئناف فى فهم السبب الحقيقى لعمل الرقعة الجلدية حسبما ورد بأقوال المطعون ضده وفى تقريرى الخبراء المعينين فى الدعوى، قد حجب المحكمة عن التحقق من قيام حالة الضرورة التى يستند إليها المطعون ضده والخبران فى تبرير عمل الرقعة الجلدية، فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالقصور، مما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن " .

ويجب على جراح التجميل قبل إجراء الجراحة مراعاة الملاءمة بين درجة العيب الذى يشكوه المعب ، والخطر الذى يتعرض له من الجراحة . ويجب أن يدخل فى تقدير درجة العيب الآثار النفسية والاجتماعية

والعقلية . فجراحة التجميل هي جراحة جائزة لأن عنصر الشفاء يتوافر فيها ، إن لم يكن من الناحية الجسدية فمن الناحية النفسية .

فإذا أقدم الجراح على الجراحة دون وجود ملاءمة بين الحالة التي يشكو منها المعيب والخطر الذي يتعرض له كان الجراح مسئولاً عما يحدث من أضرار للمريض .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة ليون في ١٧/٣/١٩٣٧ بأن الطبيب الذي يجري إزالة الشعر من جسم سيدة بواسطة العلاج الكهربائي متى لم يقع منه تقصير في العلاج ، لايسأل عن الضرر الحادث لتلك السيدة مادام هناك تناسب بين النتيجة المرجوة والمخاطر العادية للعلاج الكهربائي . ولما كان التزام الجراح في الأحوال العادية بإحاطة المريض بتفصيلات حالته بتقيد بما تفرضه الضرورة أو ما توجهه مصلحة المريض من عدم إحاطته بهذه التفصيلات ، حتى لا تهبط روحه المعنوية ويضيع بذلك عنصراً من أهم العناصر لنجاح العلاج . فإنه في جراحة التجميل ليس ثمة ما يقيد هذا الالتزام إذ المفروض أن تدخل الجراح لاتدعو إليه أية ضرورة عاجلة ، لذلك تشددت المحاكم في فرنسا في وجوب تنبيه المريض إلى النتائج المحتملة لتدخله الجراحي حتى يكون على بينة من المخاطر التي يتعرض لها وهو في معرض الموازنة بين مخاطر العملية والفائدة التي يرجوها من ورائها^(١) .

(١) حسن الإبراشي ص ٣٠٢ .

٢٤٨- مسئولية طبيب التخدير :

أصبح من المتفق عليه الآن هو ضرورة وجود طبيب للتخدير أثناء الجراحة، ولا يجوز للجراح في غير حالة الضرورة تخدير المريض بمفرده ويلتزم طبيب التخدير مبدئياً بفحص المريض ليتمكن من تحديد حالته وما يجب أن يوصف لها من وسائل التخدير، وتحديد جرعة المخدر المناسبة للمريض من ناحية حالته الصحية بصفة عامة، وحالة قلبه وجهازه العصبي بصفة خاصة . فلا يكفي إذن مجرد سؤال طبيب التخدير عن المريض صباح يوم الجراحة دون إجراء أى فحص مكثف بالملاحظة الظاهرية وإسناده إلى الممرضة إجراء اللازم .

وعليه أن يتأكد من خلو المعدة من أى طعام ، فطبيب التخدير لا ينبغي أن يقوم بالتخدير إذا لم يكن متأكداً من أن المريض صائم ، وإذا كانت سيده يتأكد من أنها غير حامل .

ولا خطأ على الطبيب إذا استعمل نوعاً من البنج لا تزال الآراء الطبية مختلفة في شأنه طالما أنه لم يقع منه خطأ في استعماله وأن هذا النوع تخطى مرحلة التجربة وأصبح شائعاً في الأوساط الطبية . كما أنه يعتبر مسئول إذا لجأ إلى طريقة أكثر خطورة من طريقة أخرى .

ويجب على طبيب التخدير فحص النظام الوريدي للمريض قبل استخدام الحقنة ، وذلك لاحتمال اختيار نظام آخر يكون أكثر ملاءمة لظروف المريض .

ويجب أن يتأكد من ثبوت الإبرة في الوريد . وعليه التوقف عن الحقن إذا ظهرت بالمريض آلام غير عادية نتيجة لعدم ثبوت الإبرة في موضعها . ويتعين عليه الاحتياط بجهاز إنعاش قبل إجراء العملية .

ويجب أن يراقب ظهور أية حساسية للمريض من المخدر ، وأن يوقف التخدير وأن يسارع باتخاذ الإجراءات الواجبة في هذا الشأن .

ويعتبر طبيب التخدير مسؤولاً أيضاً عن إحداث نخذ (موت موضعي) في ذراع المريض نتيجة تغلغل السائل المخدر في الأنسجة تحت الجلد^(١) .

وتستمر مسؤولية طبيب التخدير أثناء إجراء الجراحة ، فيجب عليه ملاحظة حالة المريض بدقة من حيث التنفس والقلب واستقرار الأعضاء في وضعها السليم وتثبيت المريض فوق منضدة الجراحة حتى يكون في مأمن من خطر الوقوع .

وقد قضت محكمة استئناف باريس في ٤ يولية سنة ١٩٣٢ باعتبار الطبيب مسؤولاً عما يصيب المريض من حروق بسبب حافظات الماء الساخن التي وضعت القرب منه وقبل أن يفيق من تأثير البنج .

(١) علاء الدين خميس ص ٣٢٩ وما بعدها .

ويقع على عاتق طبيب التخدير مراقبة المريض بعد إجراء الجراحات من وقت مغادرته غرفة العمليات حتى يفيق من التخدير ويستدل الأطباء على الإفاقة الكاملة بعودة أعضاء جسم المريض لاستئناف وظائفها الحيوية ولاسيما المعدة والأمعاء ويجب على الطبيب التأكد من خمس علامات هي:

١ - حركة عضلات البلعوم بحيث تعود إلى حالتها الطبيعية .

٢ - حركة أعضاء الجسم .

٣ - رد فعل الجسم إزاء وخز الجلد بألة شائكة .

٤ - استجابة المريض لنداء وحركات الآخرين على نحو واضح.

٥ - عودة الجهاز التنفسي لحالته الطبيعية .

ويكون طبيب التخدير مسئولاً عن أخطاء مساعديه كالممرضات^(١) . وقد جرت التقاليد والعادات المهنية بأن يترك طبيب التخدير للممرضات مهنة الإشراف على المريض حتى يفيق من المخدر، وهذه التقاليد والعادات المهنية ليست إلا الحد الأدنى لما يجب أن يبذله رب المهنة من احتياطات وهو حد قد يثبت أنه دون ما تتطلبه المصلحة العامة، فليس اعتياد الأطباء ترك المرضى لعناية الممرضات سبباً لإعفائهم من المسؤولية متى ثبت أن سلوكهم هذا كان ينطوي على الإهمال بالنظر إلى حالة المريض وما تتطلبه من عناية فنية خاصة^(٢) .

(١) علاء الدين حميس ص ٣٣٣ وما بعدها .

(٢) حسن الإبراشي ص ٣٣٦ .

٢٤١- مسؤولية الجراح عن أخطاء مساعديه :

(أ) - إذا كانت العلاقة بين الجراح والمريض تعاقدية :

إذا كانت علاقة الجراح بالمريض علاقة تعاقدية -على النحو الذى أوضحناه سلفا- فالمقرر أن المدين فى الالتزام التعاقدى يكون مسئولا عن عمل الغير إذا كان قد استخدمه فى تنفيذ التزامه التعاقدى .

وبالترتيب على ذلك فإن الجراح يكون مسئولا عن أخطاء مساعديه، سواء من الأطباء . أو الممرضات ، ويدخل فى هؤلاء المساعدين طبيب التخدير وكل من يتدخل فى الفريق الجراحى دون أن يمنعه الجراح من ذلك مع كونه قادرا على منعه^(١).

فإذا وقع خطأ من أحد هؤلاء كان الجراح مسئولا عنه قبل المريض ، وقد رأينا سلفا أن الجراح يسأل عن الخطأ الذى ترتبته الممرضة بنسيان آلة طبية أو قطعة من الشاش أو نحوها فى بطن المريض .

فالجراح هو رئيس الفريق الطبى وسيد العملية الجراحية، ويصور الفقه الجراح وهو فى غرفة العمليات بأنه مثل قبطان السفينة له كل السلطة على طاقمها ، أما طبيب التخدير فيكون مثل الضابط الميكانيكى على السفينة، له أهمية ولكن ليست له القيادة.

(٢) حسن الإبراشى ص ٣٦٠ .

فيرجع إلى الجراح تنظيم وتسيير العمل الجراحي كله من أوله حتى آخره ، وذلك طبقاً للأصول العلمية المستقرة في علم الطب ، لأن حالات العمل الجراحي دائماً حرجية وقد تطرأ عليها ظروف جديدة ، تحتاج إلى قرار فوري وسريع ، وهذا القرار يجب اتخاذه فوراً ليتناسب مع أى تغيير يطرأ على حالة المريض ، ولا يجب التروى فيه أو مناقشته أو أخذ أغلبية الأصوات في الفريق الطبي^(١) .

غير أنه إذا كان المريض هو الذى تعاقد مع طبيب التخدير، فإن الجراح لايسأل عن أخطائه لأنه يكون أجنبياً عن العلاقة التعاقدية التى تمت بين المريض وطبيب التخدير^(٢).

(١) راجع في هذا الشأن علاء الدين حميس ص ٢٩٩ وما بعدها - فائق الجوهري ص ٣٧٥ وما بعدها .

(٢) ولانقهرما يذهب إليه البعض مؤيداً بقضاء محكمة النقض الفرنسية من أنه يتساوى مع تعاقد المريض مع طبيب التخدير ، اتجاه إرادة المريض إلى مباشرة طبيب التخدير لتخديره كأن تنصرف إرادة المريض - ضمناً - إلى قبول عمل طبيب التخدير ، تأسيساً على أنه إذا قام هذا الأخير بفحص المريض قبل إجراء الجراحة ، وناقش معه الأسلوب الذى سيتبعه في حدود إلمام المريض في هذا الشأن فيمكن القول بأن إرادة المريض قد انصرفت ضمناً إلى أن يتم التخدير بواسطة هذا الطبيب ، ومن ثم تقوم بينهما علاقة تعاقدية مباشرة حتى لو كان الجراح هو الذى اختار هذا الطبيب في الأصل (الدكتور حسن أبو النجا-

وهذا ما قضت به محكمة النقض في حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٩/٧/٣ في
الطعن رقم ٤١٧ لسنة ٣٤ ق (الحكم منشور في هذا البند كماسيجي).
ولكن لا يسأل الجراح عن كميات الدم التي تنقل إلى المريض لأنه لا يجري
تحليل الدم بنفسه للوقوف على صلاحيته الطبية من عدمه، وإنما يحصل
على الدم من أحد بنوك الدم المتخصصة، ويقع على عاتقها مسئولية
اختلاف الدم عن فصيلة المريض أو وجود جراثيم به. ومع ذلك يرجع
المريض على الجراح لأنه تعهد بمقتضى العقد معه، على تقديم الدم السليم
الذى يتفق في الفصيلة مع دمه، فيكون التزامه مع مريضه في هذا الشأن
هو ذات التزام بنك الدم قبله التزاما بنتيجة، ولعدم وجود علاقة تعاقدية
بين المريض ومركز الدم لا يستطيع الرجوع عليه إلا بموجب المسئولية
التقصيرية.

=المسئولية العقدية عن فعل الغير أساسها وشروطها ١٩٨٩ ص ٩٠- نقض
فرنسي في ١٩٨٣/١٠/٢٤- ذلك أن اختيار الجراح لطبيب التخدير لا يمكن
أن يستفاد منه اتجاه إرادة المريض إلى قبول التعاقد مع طبيب تخدير قد فرض
عليه، ولا يمكن القول بأن سكوت المريض على مباشرة طبيب التخدير لهام
تخديره رضاء منه على أن يقوم بتخديره، لأن المريض في هذه الظروف مغلوب
على أمره وليس له حرية كاملة - وهو بين يدي الجراح - أن يبدى اعتراضه
على طبيب التخدير (علاء الدين خميس ص ٣٤٤ وما بعدها).

وبعض الفقه في مصر أجاز للمريض الرجوع مباشرة على مركز نقل الدم بالدعوى العقدية على تقدير قيام اشتراط لمصلحته ، في العقد الذى أبرمه طبيبه مع ذلك المركز^(١).

(أنظر في التفصيل بند ٢٥٧) .

(ب) - إذا كان الجراح يعمل بمستشفى حكومى :

إذا كان الجراح يعمل بمستشفى حكومى ، فإن علاقته بالدولة تكون علاقة تنظيمية لائحية . وبالتالى لا يمكن إسناد ثمة مسئولية إليه إذا وقع خطأ من أعضاء الفريق الطبى الموجودين معه ، ولو كان الخطأ من طبيب التخدير ، لأنه بحكم كونه طبيباً بالمستشفى ما كان يستطيع أن يمنع الطبيب الذى عينته إدارة المستشفى للقيام بعمليات التخدير ، أو يمنع المساعدين الآخرين من مباشرة عملهم ، أو يختار غيرهم ولا يستطيع المريض الرجوع عليه على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه المقررة فى المادة ١٧٤ مدنى لأنه يشترط لقيام هذه التبعة أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فى رقابته وتوجيهه، وهذه السلطة لا تكون للطبيب الجراح فى

(١) الدكتور محمود جمال الدين زكى مشكلات المسئولية المدنية الجزء الأول

مستشفى حكومى على الطبيب الذى عينته إدارة المستشفى لإجراء التخدير أو على غيره من المساعدين .

غير أنه يجوز للمريض الرجوع على من صدر منه الخطأ على أساس المسؤولية التقصيرية والرجوع على الحكومة أيضا باعتبارها مسئولة عن خطأ تابعها عملا بالمادة ١٧٤ سالفه الذكر .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم قد خلص إلى أن وفاة مورث المطعون ضدهم الثلاثة الأول قد حدثت نتيجة خطأ فى عملية التخدير التى باشرها المطعون ضده السادس ولم يساهم فيها الطاعن ، ولم يسند الحكم إلى الطاعن أى خطأ فى الجراحة التى أجراها للمورث ، فإنه لا يمكن إسناد أى خطأ تقصيرى لشخص الطاعن لأنه بحكم كونه طبيبا بالمستشفى ما كان يستطيع أن يمنع الطبيب الذى عينته إدارة المستشفى للقيام بعمليات التخدير - فى الفترة التى أجريت فيها الجراحة - من مباشرة عملية تخدير المورث أو أن يختار غير هذا الطبيب للقيام بهذه العملية ، ولا عبرة بما قرره الحكم من أن طبيبا آخر متخصصا كان قد أشار قبل إجراء العملية للمورث ببضعة أيام بإعطائه بنجا موضوعيا مادام الثابت أن هذا الطبيب المتخصص كان فى إجازة فى اليوم الذى أجريت فيه العملية للمورث ، وأن إدارة المستشفى عهدت إلى المطعون ضده السادس بالقيام بعمله مدة تغيبه ، ولم يكن

بالمستشفى في اليوم الذي أجريت فيه العملية للمورث طبيب آخر متخصص في التخدير كان يمكن للطاعن أن يستعين به في تخدير المورث.

٢- " إنه وإن كان قيام رابطة التبعية لا يقتضى أن يكون المتبوع حراً في اختيار تابعه إلا أنه يشترط لقيام هذه التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ، وهذه السلطة لا تكون للطبيب الجراح في مستشفى عام على الطبيب الذى عينته إدارة المستشفى لإجراء التخدير، ومن ثم فإن هذا الأخير لا يعتبر تابعا للطاعن في حكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى " .

٣- " متى انتفى وقوع خطأ شخصى من جانب الطاعن ، وكان لا يجوز مساءلته عن خطأ المطعون ضده السادس على أساس أن الأخير تابع له ، وكان أيضا لا يمكن مساءلة الطبيب إلا على أساس المسؤولية التقصيرية ، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجته حتى يتعقد عقد بينهما ، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطباؤها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التى تتبعها هى علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية الطاعن في دائرة المسؤولية التعاقدية، ولو أن الأمر لا يتغير في هذه الحالة لأن المدعى بالتزام بالتزام تعاقدى لا يسأل عن عمل الغير إلا إذا كان قد استخدمه في تنفيذ التزامه التعاقدى، مما

يقتضى ألا يسأل الجراح عن خطأ صادر من أحد مساعديه من الأطباء يصيب المريض بضرر ، إلا إذا كان قد اختار هو هذا المساعد لمعاونته في العملية أو تركه يتدخل فيها مع استطاعته منعه من هذا التدخل وهو ما لا يتوافر في حالة الطاعن".

(طعن رقم ٤١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

(ج) - إذا كان الجراح يعمل بمركز طبي أو مستشفى خاص: إذا كان الطبيب يعمل بمركز طبي أو مستشفى خاص وكان مساعده معين من قبل المستشفى ولاسلطان له عليهم ولا يملك استبدال غيرهم بهم، فإنه لا يكون للجراح سلطة فعلية في رقابتهم وتوجيههم، ومن ثم لا يعتبرون تابعين له ، ولا يسأل عن أخطائهم على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال التابع بالتطبيق لحكم ١٧٤ من القانون المدنى.

(راجع نقض طعن رقم ٤١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

"منشور سلفا في هذا البند (ب) " .

٢٥٠. مسئولية المستشفى الحكومى :

المستشفيات الحكومية هى مصالح عمومية يجرى العمل فيها طبقا للقوانين واللوائح التى تنطبق ليس فقط على القائمين بأمرها بل على المرضى الذين يعالجون فيها فهؤلاء جميعا فى مركز قانونى تحدده قوانين المصلحة.

وإذا لم يكن هناك شك في أن علاقة الموظفين بالدولة هي علاقة قانونية فالحال يجب أن يكون بالمثل بالنسبة للمستفيدين من المرافق العامة فهم أيضا في مركز لائحى بعيد عن أن يكون تعاقديا.

ذلك أن حقوق المستفيدين ولتزاماتهم ليست ناشئة عن اتفاقات ذاتية تتم بينهم وبين الدولة بل هي مستمدة مباشرة من قواعد قانونية عامة التطبيق أوجدتها القوانين واللوائح المنظمة للمصلحة .

حقا إن المستفيد من المرفق العام يعرب عن إرادته في الاستفادة من هذا المرفق ولكن عمله هذا لا يمكن وصفه بأنه من قبيل التعاقد .

وينسب على ذلك أن تكون مسؤولية الدولة عن الأخطاء التي يرتكبها أطباء المستشفى وسائر العاملين فيها قبل المريض ، مسؤولية تقصيرية^(١).

وبالتالي يجوز للمريض الرجوع على الطبيب أو غيره من العاملين بالمستشفى الذى صدر منه الخطأ ، طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، كما أنه له الرجوع على المستشفى والطبيب الذى يعمل بالمستشفى أو غيره من العاملين بها معا متضامين وتكون مسؤولية المستشفى على سند من المادة ١٧٤ مدنى التى تقرر مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه .

وإذا كانت المستشفى تابعة لشخص معنوى عام رفعت الدعوى على هذا الشخص المعنوى، وإلا رفعت على وزير الصحة باعتباره الممثل لوزارته، إذا لم تكن تابعة لوزارة أخرى .

(١) حسن الإبراشى ص ٣٩٤ وما بعدها .

رإن، كان الأصل - كما أوضحنا سلفا - ألا يسأل الطبيب عن شفاء المريض ، فإنه يحصل أحيانا أن يكون الطبيب ملزما بالتزام محدد بسلامة المريض لا من عواقب المرض بل من خطر الحوادث أو العدوى، وهى غالبا الأحوال التى يقترب فيها العقد الطبى بعقد إيواء بمستشفى، وفى هذه الحالة، لا يكتفى المريض بأن يأويه الطبيب فى المستشفى ويقدم له الغذاء المناسب بل يتطلب منه سلامة جسمه بحيث يظل الطبيب مسئولا عن الأضرار التى تلحقه مدة إقامته فى المستشفى ذلك أن المريض وهو راقد فى فراشه يعهد بنفسه مجبرا إلى مدير المستشفى ، ويتنظر منه الحماية من الأخطار التى تهدده . فتلتزم المستشفى بتدفئة المريض بعد العملية الجراحية أو أثناء إقامته بالمستشفى وتقدم الأدوية اللازمة به وإجراء التحاليل اللازمة ، ومنع انتقال العدوى إليه .

ونسأل المستشفى عن إصابه المريض فى حريق شب فى المستشفى، ما لم تثبت المستشفى حدوثه نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائى .

غير أن محكمة النقض الفرنسية قضت فى ٤ أغسطس ١٩٤٥ بعدم مسئولية المستشفى عن مريض ألقى بنفسه من النافذة قبيل إجراء العملية الجراحية، مادام لم يثبت خطأ فى جانبها .

غير أن مدير المستشفى يعتبر مسئولاً عن إصابة مريض ألقى بنفسه من السنافة ، بعد إجراء العملية الجراحية ، على أثر أزمة عصبية لخطأ صدر من الممرضة ^(١).

وهذا النظر لا يحتمل الجدل إذا كان المريض فاقدا لقواه العقلية ، فالغرض الأساس من دخول المستشفى هو ضمان سلامة المريض من سوء تصرفه . وقضت محكمة كولار في ١٧/١٢/١٩٣٥ بأن مدير المستشفى يسأل عن العدوى التي تلحق المريض أثناء معالجته بالمستشفى . ولكن يجب على القاضي ألا يسرف في استعمال هذا الحق ، ومن ثم يبقى التزام الطبيب في الأصل التزاماً ببذل عناية ^(٢).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

- ١- (أ) - " الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة ، ومسئولته هذه تقصيرية بعيدة عن المسؤولية التعاقدية ، فقاضي الموضوع يستخلص ثبوتها من جميع عناصر الدعوى من غير مراقبة عليه " .
- (ب) - " إن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذي عالج فيه المريض ولو كانت علاقة تبعية أدبية ، كاف لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب " .

(طعن رقم ٢٤ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/٦/٢٢)

(١) محمود جمال الدين زكى في مشكلات المسؤولية المدنية ص ٣٩٨ وما بعدها .

(٢) راجع حسن الإبراشي ص ٢٢٨ .

٢- " وحيث إن هذا النعى فى غير محله ، ذلك أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بمسئولية الطاعن على ما أورده من " الطبيب الشرعى قرر فى أقواله فى تحقيق النيابة عن بيان سبب الوفاة أنه نتيجة تسمم دموى عفن فى قرح الفراش التى حدثت بالإليتين، وإذ كان عندها هبوط فى القلب ونبضها سريع فإن فى ذلك علامة على وشك الوفاة من التسمم الدموى وأنه فى تكرار نقلها ما عجل فى إحداث الوفاة وأن التعجيل فى نقلها هو من جانب المستأنف عليه الأول- الطاعن- عمل خاطئ لا يبرره الادعاء بعدم وجود ما يستدعى التدخل الجراحى وبالتالى عدم وجود المبرر لبقائها فى المستشفى" هذا فضلا عن عدم استجلاء المحكمة الظروف التى أوجدت المريضة فى قسم المسالك البولية الذى يعمل به المستأنف عليه- الطاعن - ولم تكشف الأوراق السبب المبرر لتصدى المستأنف عليه الأول لفحص هذه المريضة وعدم إحالتها إلى القسم المختص لفحصها وتقرير ما يجب اتخاذه بشأنها أو على الأقل إبقائها إلى اليوم التالى وإحالتها إلى القسم المختص لفحصها وأن هذه الظروف مجتمعة تنفع المحكمة بخطأ التصرف الذى صدر من المستأنف عليه الأول الطاعن" وهذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه لاختالفة فيه للقانون- ذلك أن مسئولية الطبيب، وإن كانت لا تقوم فى الأصل-على أنه ملتزم بتحقيق غاية هى شفاء المريض، إلا أنه يلتزم ببذل العناية الصادقة فى سبيل شفاؤه . ولما كان واجب الطبيب فى بذل

العناية، مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علماء ودراية في الظروف الحبيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العملية الثابتة- وبصرف النظر عن المسائل التي تختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها ، وكان انحراف الطبيب عن أداء واجبه وإخلاله بالتزامه المحدد على النحو المتقدم يعد خطأ يستوجب مسئوليته عن الضرر الذى يلحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج مادام هذا الخطأ قد تداعل بما يودى إلى إرتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب- لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه آخذ الطاعن- من الواقع الذى حصله- بالخطأ فى استعجال نقل المريضة من المستشفى الجامعى الذى يعمل بها لإعادتها إلى مستشفى الحميات وهى على وشك الوفاة ، وبأنه أصدر الأمر بنقلها قبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها واتخاذ ما يجب بشأنها، وبأنه أخرجها من المستشفى فى ذات اليوم الذى قدمت فيه دون إبقائها إلى اليوم التالى لفحصها بالقسم المختص، واعتبر الحكم هذا التصرف من الطاعن خطأ لا يبرره إدعاؤه بعدم ضرورة التدخل الجراحى- إذ أن هذا الادعاء - بفرض صحته - لم يكن ليحول دون إحالة المريضة إلى القسم المختص بالمستشفى. الجامعى لفحصها وتقرير العلاج اللازم لها وتأخير نقلها من هذا المستشفى إلى الوقت الملائم لحالتها المرضية، لما كان مما تقدم، فإن الحكم فى وصفه أمر النقل بأنه خطأ من الطاعن يكون قد

انترزم صحيح القانون . وما يقوله الطاعن من أنه اضطر محافظة على مرضى المستشفى إلى إخراج هذه المريضة منه استناداً إلى لائحة الأطباء المقيمين لعدم وجود قسم للعزل بها ، هذا القول مردود بما أورده الحكم في صدد تأييد قيام الخطأ في تصرف الطاعن من أن الجهة الإدارية المختصة قد لفتت نظره إلى عدم العودة لمثل هذا التصرف. وفي ذلك ما يحمل الرد على دفاع الطاعن في هذا الشأن ، ومن ثم يكون النعى في هذا الشق غير سديد . والنعى في شقه الثاني مردود بأنه لما كان الحكم قد أسس قضاءه بمسؤولية الطاعن على ما قرره الطبيب الشرعى من أن تكرار نقل المريضة عجل في إحداث الوفاة وأن الطاعن أخطأ إذا أمر بنقلها في وقت غير ملائم قبل فحصها وتقرير العلاج لها ، فإن الحكم يكون قد تناول بالبحث توافر عنصر الضرر ورابطة السببية بينه وبين الخطأ، مادامت تقارير الحكم واضحة الدلالة في أن خطأ الطاعن في استعجال النقل حال دون اتخاذ العلاج الملائم في حينه وجعل المريضة أكثر استهدافاً لمضاعفات المرض مما أدى إلى إحداث الوفاة . لما كان ذلك ، وكان الضرر الأدبي الذى حاق بالزوج والأقارب هو ضرر شخصى مباشر، قصر الشارع - بنص المادة ٢/٢٢٢ مدنى - الحق في التعويض عنه على الزوج والأقارب إلى الدرجة الثانية لما يصيبهم من جراء موت المصاب ، وكان الحكم قد قضى بالتعويض عن هذا القدر للمطعون عليه الأول زوج المتوفاة ولأولادها منه، لما كان

ما تقدم، فإن الحكم لا يكون قد أغفل بيان عناصر المسؤولية أو أخطأ في تطبيق القانون .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسببين الثانى والثالث على الحكم المطعون فيه القصور فى الأسباب والخطأ فى الإسناد ، ذلك أنه اكتفى بمجرد القول بأن أمر الطاعن بنقل المريضة عمل خاطئ دون أن يوضح الأسباب التى تضمنى على هذا الإجراء وصف الخطأ أو يرد على الأسباب التى ساقها الطاعن تبريراً لذلك النقل وخلا من بيان ركن الضرر ورابطة السببية وأغفل الرد على أوجه دفاع الطاعن وما أورده الحكم الابتدائى فى أسبابه من أن أركان المسؤولية التقصيرية غير متوافرة، هذا إلى أن الحكم قد أسند إلى الطاعن أنه اعترف فى مذكرة دفاعه بمجازاته بلفت نظره إلى عدم العودة لمثل ذلك فى حين أنه قرر فى هذه المذكرة أن ما صدر من إدارة الجامعة هو مجرد قرار بلفت نظره إلى عدم العودة لمثل ذلك .

وحيث إن هذا النعى مردود بأن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بمسؤولية الطاعن على الواقع الذى حصله من أنه أخطأ فى استعجال نقل المريضة مما أدى إلى التعجيل فى إحداث وفاتها، وساق الأدلة على قيام عناصر المسؤولية من ظروف الدعوى وملابساتها على ما سبق بيانه . ولما كان ما أورده الحكم يكفى لحمل قضائه بترتيب مسؤولية الطاعن ، ويتضمن الرد على أقواله فلا على محكمة الاستئناف إن هى لم تتبع أقوال الطاعن أو أسباب

الحكم الابتدائي بشأنه وترد على كل منها استقلالا - لما كان ذلك، فإن النعى على الحكم بالقصور على النحو الذى يثيره الطاعن يكون على غير أساس - وإذا لم يقدم الطاعن صورة المذكرة التى يستند إليها للتدليل على ما ينسبه إلى الحكم من خطأ فى الإسناد، فإن النعى فى هذا الخصوص يكون عار عن الدليل .

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن " .

(طعن رقم ٣٨١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢)

(راجع أيضا طعن رقم ٤١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

المنشور بيند ٢٤٩) .

٢٥١- مسئولية المستشفى الخاص :

عندما يذهب المريض إلى المستشفى الخاص لإجراء عملية جراحية، أو للعلاج من مرض معين ، سواء بالعيادة الخارجية أو بالإقامة بالقسم الداخلى، فإنه يتم الاتفاق بينه وبين المستشفى على إجراء اللازم مقابل أجر يدفعه، ومن ثم فإن العلاقة بين المريض والمستشفى الخاص تكون علاقة عقدية تلتزم المستشفى بإجراء الجراحة المتفق عليها أو تقديم العلاج المطلوب للمريض ، وبذل ما يستلزمه هذا الالتزام من عناية ورعاية .

والأطباء الذين يناط بهم إجراء الجراحة أو العلاج هم تابعون للمستشفى تستعين بهم فى تنفيذ التزامها التعاقدى قبل المريض ، ومن ثم فإنها تكون

مسئولة عما يقع من هولاء الأطباء ، طالما أنها تستعين بهم في تنفيذ التزامها التعاقدى، وتكون مسئوليتها عن خطئهم على أساس مسئولية التبوع عن أعمال تابعه. فضلا عن مسئولية هولاء الأطباء عن خطئهم الشخصى^(١).

وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن :

" وحيث إنه يبين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه عرض للدفع المبدئى من الطاعة بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة ورد عليه بقوله : " وحيث إن الثابت من الأوراق ومن شهادة أطباء شركة مصر للبتروك أن الطبيب المتهم - كانت الشركة المذكورة، قد تعاقدت معه بصفته إخصائيا فى أمراض العيون على أن يتولى توقيع الكشف الطبى على العاملين فيها وإجراء ما يراه بشأنهم من علاج - والناصب أن المدعى بالحق المدنى (مورث المطعون ضدهم) قد أحيل إلى الدكتور ... بناء على أمر من طبيب الشركة المقيم - كما أن الدكتور ... قدم أوراقا تفيد وجود العلاقة التعاقدية بينه وشركة مصر للبتروك - وقدمت الشركة نفسها من بين أوراق الملف الطبى الخاص بالمدعى بالحق المدنى لديها ما يفيد ذلك - وحيث إنه متى كان ذلك فإن الطبيب يعتبر فى كل حالة تعرضها عليه الشركة تابعا لها حتى فيما يعتبر من صميم فنه

(١) حسن الإبراشى ص ٣٨٢ وما بعدها - الدناصورى والشواربى ص ١٤٠٢.

إذ لاضير في أن تلحق صفة التبعية أشخاصا ينطوى عملهم على نواح فنية لايلم بها المتبوع فتقتصر بذلك رقابته على مجرد التوجيه العام ... وحيث إنه لايجوز من هذا الوضع القانوني كون الطبيب المتهم لايعمل بصفة دائمة لدى شركة مصر للبتترول لأن علاقة التبعية وإن كانت تقوم في كثير من الحالات على عقد الخدمة ولكنها لا تقتضى حتما وجود ذلك العقد بل هي لاقتضى أن يكون التابع مآجورا من المتبوع على نحو دائم أو أن يكون مآجورا على الإطلاق ... فعلاقة التبعية تقوم على سلطة فعلية وليس من الضروري أن تكون السلطة شرعية بل يكفى أن تكون فعلية ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية منصبة على الرقابة والتوجيه وقد تكون هذه التبعية والتوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع . وليس من الضروري كون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية بل يكفى أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه .. فإنه متى كان ذلك وكانت شركة مصر للبتترول لها سلطة فعلية على الطبيب المتهم منصبة على رقابته وتوجيهه إذ أنها هي التي تحيل إليه المرضى ومنهم المدعى بالحق المدنى وتتقبله أآجر علاجه وبمكنتها إنهاء ذلك العلاج فإنها تكون متبوعة للطبيب المتهم في شأن حالة المدعى بالحق المدنى ويكون الدفع الذى أبداه وكيلها في غير محله من القانون متعين الرفض " . وما أورده الحكم من ذلك صحيح في القانون، ذلك بأن الشارع إذ نص في

المادة ١٧٤ من القانون المدنى على أن المتبوع يكون مسؤولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته وبسببها إنما أقام المسؤولية على خطأ مفترض من جانب المتبوع يرجع إلى سوء إختياره تابعه وتقصيره فى رقابته، ولا يشترط فى ذلك أن يكون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية بل يكفى أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه ، كما أن علاقة التبعية لا تقتضى أن يكون التابع مأجورا من المتبوع على نحو دائم ، وبحسب المضرورة أن يكون حين تعامل مع التابع معتقدا صحة الظاهر من أن التابع يعمل لحساب متبوعه . ولما كان الحكم قد أقام قضاءه بمسئولية الطاعنة عن الضرر الذى أصاب مورث المطعون ضدهم بالتضامن مع الطبيب (الطاعن الآخر) على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائفا لحقيقة العلاقة بينهما بما تتحقق معه تبعيته لها ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ولا لحقه قصور مما يتعين معه رفض الطعن مع مصادرة الكفالة وإلزام الطاعنة بالمصروفات المدنية " .

(طعن رقم ١٥٦٦ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٣/٢/١١)

وتكون المستشفى مسئولة عن العناية والرعاية الواجبة للمريض طوال مدة إقامته بالمستشفى .

وقد قضت محكمة استئناف برودو في ١٤/٣/١٩٢٩ بأن المستشفى بقبوله الطفل قد عقد على نفسه ضمنا الالتزام بالحلول محل أمه في كل ما يتعلق برعايته وسلامته الروحية والجسمانية وأن طبيعة المرض الذي أصيب به الطفل تتم عن الإخلال بهذا الواجب ومن ثم عن حصول خطأ تعاقدي لا يمكن أن تعفى من المسؤولية عنه إلا إذا ثبت الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو فعل الغير الذي يسأل عنه .

٢٥٢- القتل بسبب الشفقة على المجنى عليه :

قد يكون الشخص مريضا في بعض الأحوال بمرض لاشفاء منه ويعاني من مرضه آلاما مبرحة قاسية لا يطيقها ، فيثير شفقة الطبيب عليه فيقتله رحمة به بإعطائه مادة سامة مثلا ، وقد يكون ذلك بناء على طلب المريض نفسه ، ويعبر عن ذلك بالقتل للشفقة .

وهذا القتل - في التشريع المصري - لا يباح للطبيب - أو غيره - وإذا فعله الطبيب فإنه يكون قد خرج عن حدود الإباحة المقررة له مرتكباً لجناية قتل عمد أو جناية قتل عمد بالسّم، أو جناية قتل عمد مع سبق الإصرار . ذلك أن القصد الجنائي في جناية القتل يتوافر بمجرد اتجاه إرادة الجاني إلى الاعتداء على إنسان حي وإزهاق روحه، مع علمه بذلك . ولا أهمية بعد ذلك للباعث على القتل، حتى لو كان الباعث شريفاً ، فالباعث ليس ركناً في الجريمة ولا عنصراً في ركنها المعنوي . والتعجيل بالموت مرادف لإحداثه في توافر علاقة السببية واستيعاب المسؤولية^(١) .

(١) الدكتور أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص طبعة ١٩٨٠ ص ٥٣٠ وما بعدها - محمد زكي أبو عامر المحاضرة المشار إليها.

قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" ... كما أن التحجيل بالموت مرادف لإحداثه في توافر علاقة السببية واستيحاب المسؤولية " .

(طعن رقم ٣٣١ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٠)

٢٥٣- إثبات مسؤولية الطبيب :

سواء كانت مسؤولية الطبيب عقدية أو تقصيرية، فمادامت التزاماته ليست إلا التزامات بوسيلة أو بذل عناية ، فيكون على المريض الذى يدعى خطأ الطبيب أن يقوم هو بإثبات الاحتياط المعين الذى كان على الطبيب أن يتخذه فلم يفعل .

والأصل أن إثبات الخطأ بوجه عام متروك لتقدير المحاكم ويجوز الالتجاء فيه إلى البينة ، غير أنه فيما يتعلق بإثبات الخطأ الطبي لا يستساغ التعويل كثيراً على شهادة الشهود لجهلهم بالمسائل الفنية التى يدور البحث حولها، كما أن القضاة كثيراً ما لا يطمئنون فى ذلك إلى تقديرهم الشخصى ويرون الاستعانة بالخبراء، مع علمهم بأن الخبير هو فى الغالب زميل للمدعى عليه فى مهنته قد يميل إلى التسامح بعض الشيء فى تقدير مسلك زميله فيحتاطون للأمر ولا يسلمون بتقرير الخبير إلا بعد أن يستوثقوا من بعده عن المجاملة والتسامح.

على أن وقوع عبء الإثبات على عاتق المريض، لا ينفى أن للمحاكم في جميع الأحوال سلطة الأخذ بالقرائن القضائية . فإذا ثبت أن مثل الضرر الذى حاق بالمريض ما كان ليحصل لو اتبعت أصول الفن ، جاز وضع قرينة بمسئولية الطبيب. أما إن ثبت من استقراء الحوادث أن مثل الضرر الذى أصيب به المريض لا يمكن تلافيه في جميع الأحوال فلا يعفى المريض من عبء إثبات الخطأ . فإذا كان مسلما في الطب مثلا أن اتخاذ احتياطات معينة في إجراء جراحة يمنع تلوث الجرح كان للمحاكم أن تتخذ من حصول التلوث فعلا قرينة على وقوع الإهمال في اتخاذ تلك الاحتياطات^(١) .

ولكن لا يصح أن يعتبر مجرد نزول الطبيب عن أتعابه في جراحة فشلت اعترافا منه بخطئه ، ما لم يكن ذلك مقترنا بوقائع أخرى يستدل منها على الاعتراف أو على وقوع الخطأ .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاما يبذل عناية خاصة ، أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة ، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أن الترقيع الذى أجراه له جراح التحميل في موضع الجرح

(١) سليمان مرقس في المسئولية المدنية ص ٣٩٠ ص حسن الإبراشي ص ٣٥٧ .

والذى نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادى لعملية التحميل وفقا للأصول الطبية المستقرة ، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكى يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التى اقتضت إجراء الترقيع والتى من شأنها أن تنفى عنه وصف الإهمال " .

(طعن رقم ١١١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦)

٢٥٤- دفع مسئولية الطبيب :

يجوز للطبيب المدعى عليه بالمسئولية أن يدفع وفقا للمادة ١٦٥ مدنى مسئوليته بإثبات السبب الأجنبى وبخاصة خطأ المريض نفسه وتطبيقا لذلك قضت محكمة مصر الابتدائية فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ بأنه كما يلتزم الطبيب بأن يبذل أقصى الجهد فى معالجة المريض فإنه يجب كذلك على المريض أن يلتزم من جانبه اتباع ما يشير به الطبيب وما يأمر به . وكما يتطلب المريض من الطبيب ألا يقصر فى حقه يتعين أيضا على المريض أن لا يقصر فى حق نفسه .

فإذا طلب الطبيب من المريض أن يعرض نفسه عليه فى أوقات محددة وخالف المريض ذلك وترتب على ذلك أن أحدث الدواء مضاعفات لم تكن لتحدث لو عرض نفسه على الطبيب فى المواعيد التى حددها فلا مسئولية على الطبيب^(١).

(١) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٩١ .

٢٥٥- الالتزام بالسلامة :

لئن كان التزام الطبيب بالعمل الطبي ، سواء كان تشخيصا أو علاجيا بالدواء أو غيره أو استئصالا للعلقة بالجراحة ، التزاما ببذل عناية ، وليس التزاما بنتيجة ، إلا أنه خارج هذا النطاق تقع على الطبيب التزامات محددة في بعض الأعمال ، كعمليات نقل الدم أو التحاليل المختلفة أو في الأدوية والأجهزة المستخدمة ، إذ يقع فيها على الطبيب التزام بالسلامة، لأن العمل في هذه الحالة فضلا عن كونه بعيدا عن مهمة الطبيب في معناها الدقيق ، فإن نتيجة تنفيذ الالتزام لا مجال فيها لفكرة الاحتمال التي تهيمن على نتيجة مهمته التي تتدخل فيها عوامل جديدة ، لاختضاع لسيطرته، فالطبيب يعالج والله يشفى . وهو ما يبرر قصر التزام الطبيب على مجرد العناية^(١).

ومن ثم كان واجبا التشديد في مسؤولية الطبيب في نطاق الأعمال المذكورة حماية لمرضاه .

ونعرض لذلك بشئ من التفصيل فيما يلي .

٢٥٦- العلاج بالأشعة :

يلتزم طبيب الأشعة بتحقيق نتيجة هي تقديم صورة أشعة للمريض واضحة ظاهرة تبين خفايا ودقائق الجزء من الجسم الذي طلب الطبيب المعالج أخذ

(١) الدكتور عمود جمال الدين زكى مشكلات المسؤولية المدنية الجزء الأول سنة ١٩٧٨ ص ٣٧٠ وما بعدها .

الصورة له مبينا به علامات وأمارات المرض الذى يعانيه المريض ومرفقا بها تقرير مكتوب بحالة المريض وتقوم مسؤوليته بمحرد ثبوت خطأ فيها إلا إذا أثبت قيام السبب الأجنبى .

أما الأمراض التى لم يتوصل العلم إلى ظهورها فى الأشعة بالأجهزة العلمية المتاحة أو الصورة التى يختلف التفسير فى قراءتها فإن مسؤولية الطبيب فى هذه الحالة تكون بذل عناية .

وترتسبا على ذلك إذا أخطأ طبيب الأشعة بأن قدم للمريض صورة أشعة غير دقيقة ترتب عليها إصابته بأضرار كان مسئولا عن تعويض هذا الضرر كما إذا كان المريض مصابا بمرض السل فى مرحلته الأولى إلا أن صورة الأشعة لم تظهره، وترتب على عدم المبادرة بعلاج المريض نتيجة لذلك أن استشرى الداء فى رتيه، وكلفه علاجه نفقات كثيرة ووقتا طويلا فى حين أنه لو أظهرت الأشعة هذا المرض فى بدايته لكان علاجه أمرا سهلا ونسبة نجاحه أكبر ، فيسأل الطبيب عن جميع هذه الأضرار من مادية وأدبية^(١).

والخطأ فى قراءة الأشعة لا يمكن إلا أن يحمل على أمرين كلاهما موجب للمسئولية الطبية فإما نتيجة إهمال من الطبيب فى تحرى وجه الدقة فى قراءة الصورة وإما أنه يقتقد إلى الخبرة الفنية المطلوبة فى الأخصائى^(٢).

(١) الدناصورى والشواربى ص ١٤٠٤ وما بعدها .

(٢) محمد علاء الدين حميس ص ١٦١ .

ولما كان الخطر دائما كامنا في الأشعة واحتمال حدوثه قائم لأقل هفوة تقع في أى وقت من الأوقات ، فإنه يجب على طبيب الأشعة قبل إجراء الأشعة التأكد من سلامة الآلات التى يستعملها ، وألا يسלט على المريض من الأشعة إلا القدر الذى يتناسب مع درجة احتماله للتيارات الكهربائية، وهو ما يقتضيه فحص دقيق لحالته ، لا يعفيه من المسؤولية عنه أنه لم يتجاوز في تحديد الجرعة ما تقضى به الأصول العلمية ^(١).

وقد قضت محكمة باريز في ١٧/٢/١٩٣٣ بأن طبيب الأشعة يسأل إذا كان الطبيب المعالج قد طلب إليه أن يجرى على المريض فحصا واحدا فأجرى عليه ثلاثة فحوص ترتب عليها إصابته بحروق .

ويحتتم على الطبيب أن يراقب تأثير الأشعة على جسم المريض.بمنتهى اليقظة حتى إذا ظهر له أى أثر لحرق أو لعلامات غير طبيعية فعليه أن يوقف العلاج- إذا كانت الأشعة علاجية - فورا أو ياعدعلى الأقل بين الجلسات وينخفض من الوحدات المسلطة على المريض .

ويسأل الطبيب عن كل إهمال أو عدم احتياط مهما يكن نوعه. وقد قضت محكمة جرينول في ٢ يناير سنة ١٩٢٨ بمسئولية طبيب في قضية

(١) حسن الإبراشي ص ٣٣١ .

سيدة تقدمت إليه تشكو خراجا في الثدي فعالجها بالأشعة عدة مرات ظهر بعدها أعراض حروق شديدة في وجهها ناشئة عن الأشعة ولم يثبت أن الطبيب قد أخطأ في العلاج من حيث وجوبه أو نوع الأشعة أو مقدارها أو صلاحية الجهاز المستعمل . ولكن ثبت أنه غير وضع رأس السيدة عند الرقاد للعلاج كطلبها ، ووضع لها وسادة لإ راحتها فتعرض بذلك الوجه لجانب من الأشعة الصادرة من الجهاز . ولا تقتصر مسئولية الطبيب في ذلك على المريض بل إنها تتناول غير المرضى مما يعرضهم الطبيب بإهماله للضرر من أجهزة الأشعة كالمرضة التي تعمل مع طبيب الأشعة .

غير أن الطبيب لا يسأل عن الضرر الناجم عن العلاج بالأشعة إذا كان راجعا إلى حساسية خاصة لدى المريض طالما أنه لا يمكن للطب أن يتنبأ بها .

ونظر لخطورة العلاج بالأشعة فقد ذهبت المحاكم في فرنسا إلى وجوب استعانة الطبيب بأحد زملائه في مباشرة العلاج منعاً لما قد ينشأ من عدم إحكام الأجهزة من مخاطر^(١).

ويجب في جميع الأحوال متى كانت الأشعة تنطوى على خطر على حياة المريض أن يحاط علماً بذلك وأن يؤخذ رضاه قبل الالتجاء إليها .

(١) حسن الإبراشي ص ٣٣٣ والأحكام المشار إليها بالهامش .

٢٥٧- نقل الدم :

قد يحتاج المريض في بعض الظروف إلى نقل دم إليه ، ومن ثم يكون التزام الطبيب بنقل الدم إلى المريض التزاما بنتيجة ، بموجبه يتعهد الطبيب بنقل دم إلى المريض متفقا في الفصيلة مع دمه سليما خاليا من الأمراض وإلا انتقلت إليه العدوى ممن نقل منه الدم . فيكون مخلا بالتزامه إذا كان الدم السدى نقله إلى المريض غير مناسب له أو ملوثا بجرثومة ، وتقوم مسؤوليته العقدية عن الضرر الذي يلحقه أو المرض الذي يصيبه ، إلا إذا أقام الدليل على أن عدم تنفيذه لالتزامه يرجع إلى سبب أجنبي غير منسوب إليه .

وإذا كان الطبيب المعالج هو الذي نقل الدم بنفسه ، فإن عليه التأكيد من سلامة معطى الدم حتى لا تنتقل العدوى إلى المريض ولا يعفيه من ذلك ادعائه بأن العادة جرت على عدم القيام بفحص دم المعطى إلا في فترات متباعدة . لأن العادة لا ترفع حرية التقدير في المحاكم التي تستطيع دائما أن ترفض اعتمادها إذا رأتها غير كافية أو مخالفة لقواعد الحيطة ^(١).

والغالب الآن أن الطبيب المعالج يعهد إلى طبيب متخصص أو مركز تحاليل (بنك الدم) ليقوم بمهمة فحص دم المريض للوقوف على فصيلته بمقتضى عقد مع هذا الطبيب أو المركز يتعهد فيه الأخير بتقديم نتيجة التحليل صحيحة ، وتقديم دم للمريض من ذات فصيلته خاليا من الجراثيم.

(١) محمود جمال الدين زكى مشكلات المسؤولية المدنية ص ٣٨٠ ونقض فرنسي ١٩٤٥/٤/٢٥ الذي أشار إليه بالهامش .

وفي هذه الحالة إذا أخطأ طبيب التحليل أو المركز المتخصص في نتيجته ونجم عن ذلك ضرر للمريض ، كان أمام المريض للمطالبة بالتعويض طريقان .

الأول : أن يرجع بالتعويض على طبيبه المعالج ذلك أن هذا الطبيب هو الذى يرتبط به بعلاقة تعاقدية تفرض عليه التزاما بأن ينقل إليه دما يتفق مع فصيلته ، وبحالها من التلوث .

الثاني : أن يرجع المريض بالتعويض على طبيب التحاليل أو المركز المتخصص ، وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات حيث لا تتوافر علاقة تعاقدية بين المريض وبين طبيب التحاليل أو المركز المتخصص .

غير أن محكمة النقض الفرنسية -أخذاً برأى فى الفقه- أجازت للمريض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٧/١٢/١٩٥٤ الرجوع على طبيب التحاليل أو مركز الدم مباشرة بمقتضى قواعد المسؤولية العقدية ، وذلك على اعتبار أن العقد المبرم بين الطبيب المعالج وبين مركز الدم يتضمن اشتراطاً لمصلحة المريض يترتب على ذلك أن المريض يستطيع أن يرفع دعوى المسؤولية على طبيب التحاليل أو مركز الدم دون حاجة إلى إثبات خطئه .

فالطبيب أو المركز يلتزم - في صدد ما يقدمه من دماء - بتحقيق نتيجة - وهي سلامة المريض^(١).

(انظر في التفرقة بين نوعين من التحاليل : البند التالي) .

٢٥٨- التحاليل الطبية :

التزام طبيب التحاليل الطبية التزام بنتيجة إذ في جميع الحالات التي ينحصر نشاطه في أعمال معملية لاتتضمن حسب الأصول العلمية السليمة أى احتمال ، فإنه يلزم بتحقيق النتيجة أى بتقديم تقرير صحيح مطابق للحقيقة^(٢).

ومن ثم يسأل عن خطئه إلا إذا أقام الدليل على أن إخلاله يرجع إلى سبب أجنبي لايد له فيه .

وفي الحقيقة لا يوجد ما يبرر اعتبار التزام الطبيب في التحاليل المختلفة محل بذل عناية لأن هذه التحاليل لاتعتبر عملا طبيا في معناه الدقيق ولاحتي عملا علميا ، إذ تنحصر مهمة القائم به في مزج مساحيق أو محاليل كيميائية بطريقة ثابتة .

(١) محمود جمال الدين زكى في المسؤولية المدنية ص ٣٧٨ وما بعدها - حمدي عبد

الرحمن في بحثه عن معصومية الجسد ص ٧٢ وما بعدها .

(٢) الدناصورى والشواربى ص ١٤٠٤ .

أما التحاليل ذات الطابع العلمى المتعمق والتي يجوز أن تختلف فيها الآراء العملية، فيجوز في صدها أن تكون النتائج محل شك، فيكون التزام الطبيب بشأنها التزاما ببذل عناية ، فإن أوفى به - والفرض أنه كذلك إلى أن يقوم بها الدليل على العكس - فلا مسئولية عليه فيما يتوصل إليه من نتائج غير حقيقية، تلحق بالمريض ضررا معينا .

وترتبا على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٤ يناير سنة ١٩٧٤ بعدم مسئولية الطبيب الذى انتهى فى تحليله على خلاف الحقيقة إلى وجود أورام سرطانية ، مما استدعى علاج المريض بأشعة الكوبالت، والذى لم يكن له ضرورة^(١).

٢٥٩- مسئولية الطبيب عن الأجهزة :

ذهب فريق من الفقهاء إلى إخضاع مسئولية الطبيب عن الإصابات التى تحدثها أجهزته بمرضاه ، لذات القواعد التى تخضع لها مسئوليته عن الأعمال الطبية ، وبالبناء على ذلك يتعين على المريض أن يثبت فى دعوى المطالبة بالتعويض خطأ الطبيب وعلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر .

ويستبعد هذا رأى تبعاً لذلك تطبيق المادة ١٧٨ مدنى الخاصة بمسئولية حارس الأشياء على الطبيب فى استعماله تلك الأجهزة والأدوات ليس فقط من نطاق العقد الطبى حيث يتعين استبعادها نتيجة لإخراج المسئولية

(١) محمود جمال الدين زكى فى المسئولية المدنية ص ٣٨١ وما بعدها - حمدي عبد الرحمن فى بحثه " معصومية الجسد " ص ٧٣ وما بعدها .

التقصيرية عن نطاق العقود ، بل وكذلك حين لا تقوم علاقة عقدية بين الطبيب ومريضه، على أن القضاء الفرنسي يؤسس استبعاد المادة ١/١٣٨٤ مدني المقابلة للمادة ١٧٨ مدني مصري على ما ذهب إليه من عدم جواز الخسرة بين المسئولين العقدين والتقصيرية ولهذا يؤاخذ الطبيب بقرينة المسئولية الواردة بها متى كانت دعوى التعويض ضده لاتأسس على المسئولية العقدية^(١).

غير أن القضاء الحديث والفقهاء أيضا يسلم بأن الطبيب يتعهد - فضلا عن بذل عناية يقظة في علاج المريض وفقا للأصول العلمية - بالتزام محدد بسلامة المريض عن الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إليه من أجله ، وعلى غير صلة به . وعمل التزامه هذا تحقيق نتيجة ، وينطبق على الخصوص على الأضرار التي تلحق المريض من الأدوات أو الأجهزة الطبية التي تنقطع صلتها بالأعمال الطبية التي يظل محل الالتزام بتأديتها بذل عناية وترجع هذه الأضرار - في العادة - إلى عيوب في الأجهزة أو الأدوات، المستعملة في العلاج أو الجراحة ، ولا يستطيع الطبيب أن يتخلص من المسئولية عنها إلا إذا أقام الدليل على رجوعها إلى سبب أجنبي عنه .

(١) عمود جمال الدين زكي في المسئولية المدنية ونقض فرنسي ١٩٤٧/١٢/٢٩ الذي أشار إليه .

وعلى ذلك إذا لحقت المريض إصابة نتيجة استعمال جهاز أو آلة سليمة كان التزام الطبيب بشفلها بذل عناية ، أما إذا لحقته إصابة نتيجة عيب في الجهاز أوفى الآلة ولو كان يرجع إلى عيب في صنعها لا يستطاع كشفه ، كان الطبيب مغلا بالتزامه بتحقيق نتيجة ، هي استخدام أجهزة أو أدوات سليمة لا تحدث أية أضرار بمريضه .

وترتبا على ذلك قضى بمسئولية الطبيب عن وفاة المريض ، في أثناء الجراحة نتيجة انفجار حدث لتسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشراره خرجت منه ^(١). وعن إصابة المريض بحروق نتيجة لهب خرج من المشط الكهربائي في أثناء علاجه رغم عدم ثبوت تقصيره ^(٢).

على أن محاكم الموضوع ، في إلقائها الالتزام المحدد بالسلامة على عاتق الطبيب، تجاوزت حدود العيوب التي تعتبر الأدوات أو الأجهزة التي يستعملها في الجراحة أو في العلاج، ومدت نطاقه إلى الإصابات التي تحدث في أثناء استعمال هذه الأجهزة أو تلك الأدوات تنفيذا للعمل الطبي ذاته، رغم تأكيدها في أسباب حكمها بأن محل الالتزام بأدائه مجرد بذل عناية ويقظة ، متى كانت هذه الإصابات مستقلة عن العلاج، وذات جسامه

(١) السين الابتدائية ٣ مارس ١٩٦٥ مشار إليه في محمود جمال الدين زكي ص

٣٨٧ هامش (٦٢) -

(٢) مرسليليا الابتدائية في ٣ مارس ١٩٥٩ مشار إليه في المرجع السابق هامش (٦٣).

استثنائية لم يتوقعها المريض منه ، بحيث يلتزم الطبيب بإعادة المريض، بعد انتهاء فترة وجوده " سليما معافى" من كل ضرر غير ذلك الذى يحتمل حدوثه نتيجة تدخله أو فشل العلاج أو تطور العلة ولا يبرأ - حال الإصابة - من المسؤولية عن إخلاله به ، إلا بإثبات خطأ المريض أو القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ، وقضت - وفقا لهذه القواعد - بمسئولية طبيب الأسنان عن حرق لسان المريض ومزريق أغشية فمه لانقلاب الآلة فى أثناء استعمالها فى علاجه ^(١). لأن هذه الإصابات ولو كانت ترجع - فى الحقيقة - إلى الأعمال الطبية إلا أنها نظرا لجسامتها تخرج عن نطاق حوادث العلاج ويلتزم الطبيب إزاعها بسلامة مريضه . كما قضت بمسئولية الطبيب عن إصابة المريض بعجز عضوى نتيجة الوضع الذى أرقده عليه فى أثناء العملية الجراحية ، رغم عدم مخالفته لقواعد الفنى الطبي وندرة الضرر الذى ينجم عنه لأنه يخرج عن الاحتمال الذى يحيط بالجراحة التى أجريت له ^(٢).

ويؤيد جانب كبير من الفقه، ذلك الاتجاه فى القضاء لاتفاقه مع القواعد العامة فى المسؤولية العقدية عن الأشياء ، التى يستخدمها المدين فى تنفيذ

(١) مصر الابتدائية ١٣/١٢/١٩٦١ مشار إليه بالمرجع السابق ص ٣٨٩ هامش (٧٥).

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ٣٨٩ وما بعدها - الدناصورى الشواربى ص ١٣٩٨ وما بعدها .

التزامه ، فالمدين في الالتزام التعاقدى يسأل عن الأشياء ، التي يستخدمها في تنفيذه ، سواء كان التزامه محدداً أو كان التزاماً عاماً باليقظة والانتباه. هذا بالإضافة إلى الاعتبارات العملية والإنسانية التي تقوم على توفير الحماية للمريض وتجنبه الدخول في صعوبات إقامة الدليل على خطأ الطبيب وبصفة خاصة أمام التعقيدات للأجهزة المستعملة ^(١).

٢٦٠- التركيبات الصناعية :

التركيبات الصناعية هي أعضاء صناعية يستعاض بها المريض عما فقده من بعض أعضاء جسمه ، ومثل ذلك الأطراف الصناعية والأسنان الصناعية.

ومسئولية الطبيب بصدد التركيبات الصناعية على نوعين :

النوع الأول :

مسئوليته عن جدوى وفعالية العضو الصناعي ، أى بيان ما إذا كان سيؤدى فائدة للمريض أم لا .

والطبيب في هذا النوع من المسئولية شأنه شأن باقى الأطباء ، فيكون التزامه في ذلك التزاماً ببذل عناية ، ولا يسأل الطبيب إلا إذا ثبت خطأ في جانبه .

(١) الدناصورى والشواربى ص ١٣٩٩ - محمود جمال الدين زكى ص ٣٩١ - حمدى عبد الرحمن ص ٧١ .

النوع الثاني :

مسئوليته عن سلامة العضو الصناعي ودقته والمادة المصنوع منها ومدى تحمله بعد استعماله .

والطبيب في هذا النوع من المسؤولية ملتزما بتحقيق نتيجة، فيكون الطبيب مسئولا إذا ثبت عدم سلامة العضو الصناعي أو رداءة المادة المصنوع منها أو أنه لا يتفق مع المقياس الصحيح للجسم.

٢٦١- مسؤولية طبيب الأسنان:

مسئولية طبيب الأسنان في الكشف على المريض وتشخيص المرض وتقديم تقرير العلاج ، وإجراء الجراحة ، شأنها شأن مسؤولية الطبيب والجراح البشرى، فهو ملزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة . ويلزم بتعويض الأضرار التي يتسبب فيها بخطئه .

كما يسأل عن الآلات والأجهزة التي يستعملها في العلاج إذا ما ترتب عليها أضرار بالمريض، على النحو الذي فصلناه سابقا .

غير أن هناك تفصيلا في مسؤولية طبيب الأسنان عما يقع منه من خطأ في تركيب الأسنان الصناعية والذي يتم باتفاق بين طبيب الأسنان والمريض، ذلك أن عمل طبيب الأسنان في هذا الصدد ينقسم إلى قسمين:

الأول : تقدير ملائمة تركيب الأسنان الصناعية للمريض وتهيئة الفم لها، والتزامه في هذا كغيره من الأطباء البشريين التزاما ببذل عناية . فهو لا يسأل عن الضرر الذى يلحق بالمريض إلا إذا أثبت وقوع خطأ من جانبه .

والثانى : اختيار النوع المناسب من الأسنان الصناعية واتفاقه مع الفم فى حجمه ومقاسه، وتأديته الوظائف المرجوة منه، ثم صناعة الأسنان ذاتها ولو عهد بذلك إلى غيره من المرخص لهم بصناعتها . فهو عمل فى التزام بتحقيق نتيجة . وتحقق مسئولية طبيب الأسنان إذا أحضر طبقاً رديفاً أو طبقاً غير مناسب فى حجمه ومقاسه لفم المريض، أو إذا أحدث تركيب الأسنان أضراراً بالجسم .

ولكن طبيب الأسنان لا يضمن متانة الأسنان الصناعية لمدة غير محدودة على الخصوص إذا لم يمكنه العمل من ملاحظاتها فى الفترة التالية لتركيبها واستعمالها^(١).

وقد حظرت المادة الأولى من القانون رقم ٥٣٧ لسنة ١٩٥٤ (المعدل) فى شأن مهنة طب وجراحة الأسنان على غير أطباء الأسنان المقيدين بسجل أطباء الأسنان بوزارة الصحة أن يقوموا بالاستعاضة الصناعية الخاصة بالأسنان .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٩٥ والهامش - قدرى الشهاوى ص ٤٩٣ .

كما نصت المادة الثامنة من القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٧ (المعدل) بتنظيم مزاولة مهنة صانعى الأسنان ومحال صنعها على أنه لا يجوز لصانع الأسنان المقيد اسمه بالسجل أخذ مقياس أسنان أو تعديل مقياس وردله من طبيب أسنان مرخص له .

وفى رأينا أن ذلك لا يحول دون أخذ صانع الأسنان المقياس فى حضور الطبيب وتحت إشرافه ، شأنه فى ذلك شأن الطبيب البشرى فيما يعهد به إلى الممرض أو المدلك أو عامل الكهرباء أو الأشعة بما يجوز أن يعهد به إلى مثلهم^(١).

٢٦٢- العلاج النفسى :

ينظم مهنة العلاج النفسى القانون رقم ١٩٨ لسنة ١٩٥٦ (المعدل) بتنظيم مهنة العلاج النفسى.

وطبقا لهذا القانون ، لا يجوز لأى شخص أن يزاول مهنة العلاج النفسى إلا إذا كان مرخصا له فى ذلك من وزارة الصحة العمومية .

ويشترط للحصول على هذا الترخيص الشروط الآتية :

أولاً : أن يكون طالب الترخيص من إحدى الفئات الآتية :

(أ) الحاصلين على دبلوم الأمراض العصبية والعقلية من إحدى

الجامعات المصرية .

(١) فائق الجوهري ص ١٧٨ .

(ب) الحاصلين على دبلوم من الخارج تعادل الدبلوم المنصوص عليها في البند السابق فإن كان أجنبيا وجب عليه أداء الامتحان أمام اللجنة المشار إليها في المادة الثانية من القانون .

(ج) الحاصلين على مؤهل جامعي من الجمهورية المصرية أو من الخارج وعلى شهادة تخصص في العلاج النفسى من أحد معاهد العلاج النفسى المعترف بها والتي تقرها اللجنة المذكورة .

(د) أن يكون عضوا عاملا أو منتسبا بإحدى جمعيات العلاج النفسى أو هيئاته المعترف بها في مصر أو في الخارج والتي تقرها اللجنة المذكورة ويكون قد أجتاز امتحانا أمام هذه اللجنة .

(هـ) الحاصلين على مؤهل عال في علم النفس من إحدى الجامعات أو المعاهد في مصر أو في الخارج وأعدوا أنفسهم للتخصص في العلاج النفسى لمدة سنتين على الأقل بأحد معاهد العلاج النفسى أو بمؤسساته التي تعترف بها اللجنة المذكورة أو يكون تحت إشرافها وبعد اجتياز امتحانا أمام اللجنة .

ثانياً : ألا يكون قد حكم بإدائته في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو ماسة بالكرامة أو لجنة مزاوله مهنة الطب أو إحدى المهن المرتبطة بها بسون ترخيص - وفي هذه الحالة لا يجوز أن يتقدم بطلب الترخيص قبل مضى خمس سنوات من تاريخ انقضاء العقوبة .

ثالثا : أن يكون حسن السمعة ومحمود السيرة وتقدر اللجنة المذكورة حالة الطلب من هذه الناحية ولها إذا أرادت أن تطلب إيضاحات منه أو من أية جهة أخرى ويكون قرارها في ذلك نهائيا . (م ١٢ من القانون) .

ويجوز استثناء من أحكام الفقرة أولا من المادة الأولى- للأشخاص المشتغلين بالعلاج النفسى وقت صدور القانون ممن تتوافر لديهم هذه المؤهلات ويكونون قد أمضوا في ممارسة هذه المهنة خمس سنوات على الأقل أن يتقدموا إلى اللجنة المنصوص عليها في المادة الثانية خلال سنة من تاريخ صدور هذا القانون لتتظر في الترخيص لهم في الاستمرار في مزاوله العلاج النفسى بعد التثبت من خلوهم من الموانع المنصوص عليها في الفقرتين ثانيا وثالثا من المادة المذكورة ومن صلاحيتهم فنيا لهذا النوع من العلاج (م ١١ من القانون) .

واستثناء من أحكام المادة (١١) الخاصة بامتحان الطالب أمام اللجنة المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون يجوز لوزير الصحة العمومية أن يعفى من هذا الامتحان أساتذة علم النفس بالجامعات أو المعاهد المصرية. كما يجوز له أن يعفى من هذا الامتحان أساتذة علم النفس السابقين بالجامعات أو بالمعاهد المصرية أو الأجنبية . (م ١٢ من القانون) .

ولا يجوز لمن يمنح ترخيص في مزاولة العلاج النفسي وكان من غير الأطباء أن يتولى علاج أية حالة نفسية مصحوبة بأعراض بدنية أو عقلية أو يشتبه في أنها كذلك إلا بعد عرض المريض على طبيب يقوم بفحصه للتثبت من أن الأعراض التي يشكو منها ليست نتيجة علة في الجسم أو مرض في العقل وعلى الطبيب أن يبعث للمعالج النفسي بتقرير بنتيجة فحصه وعلى المعالج أن يحتفظ بالتقرير إذا ظهر أن الحالة نفسية أو تحتاج لعلاج نفسى كجزء متمم للعلاج البدنى أو العقلى وتولى علاجها على هذا الاعتبار وفى هذه الحالة الأخيرة يتعين أن يكون على اتصال دائم بالطبيب وأن يبادله رأى فيما يختص باستقرار العلاج النفسى أو قطعه أو إرجائه (م٦ من القانون) .

وإذا كانت الحالة نفسية وطرأت على المريض أعراض جديدة غير التي أثبتتها الفحص من قبل بمعرفة الطبيب فعلى المعالج النفسى أن يشير على المريض بعرض نفسه على الطبيب للتثبت من حقيقة الأعراض وسببها وليس له أن يستمر فى العلاج النفسى إلا بمشورة الطبيب كما لو كانت الحالة مستحالة .

وكذلك إذاتبين للمعالج النفسى أن الحالة المعروضة عليه عقلية أو يشتبه فى أنها عقلية يجب عليه أن يتصل بأهل المريض على الفور لعرضه على طبيب أخصائى فى الأمراض العقلية، ولايجوز له أن يستمر فى علاج المريض نفسيا إلا تحت إشراف الطبيب العقلى وبالتعاون معه (مادة ٧ من القانون).

و إذا كان المعالج النفسى غير طبيب فلا يجوز له بحال من الأحوال أن يتصدى لتشخيص العلل والآفات الجسمية أو علاجها أو مباشرة أى علاج عضوى مما لا يجوز لغير الطبيب أن يزاوله ومحظور عليه الكشف على جسم المريض أو النصح إليه بأية وصفات طبية أو دوائية (٨م من القانون).

ويعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يزاول مهنة العلاج النفسى دون أن يكون اسمه مقيدا فى جدول المعالجين النفسيين بوزارة الصحة العمومية وفى حالة العود يحكم بالعقوبتين معا (٩م من القانون) .

وإذا أحل المعالج النفسى بواجبه عرض أمره على اللجنة المنصوص عليها بالمادة الثانية من القانون لحاكمته تأديبيا ولها بعد تحقيق ما نسب إليه وسماع أقواله أن توقع عليه أحد الجزاءات التأديبية الآتية : الإنذار أو التوبيخ أو الوقف مدة أقصاها ثلاث سنوات أو سحب الترخيص نهائيا ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا فى هذه الحالة الأخيرة إلا بحضور سبعة من أعضائها على الأقل (١٠ م من القانون) .

وعلاقة المريض النفسى بطبيبه النفسى هى علاقة تعاقدية إذا توجه إليه لىستولى علاجه واتفق معه على ذلك، ويكون التزامه كالتبيب البشرى التزاما يبذل عناية وليس بتحقيق نتيجة .

غير أنه إذا باشر الطبيب النفسى بالمريض علاجاً عضوياً ، كان مرتكباً لجريمة مزاوله مهنة الطب بدون ترخيص ، وإذا أحدث به ثمة جروح كان مرتكباً للجنحة المنصوص عليها بالمادتين ٢٤١ ، ٢٤٢ عقوبات بحسب الأحوال، وإذ نشأ عن الجرح عاهة مستديمة عقوبة بعقوبة الجناية المنصوص عليها بالمادة ٢٤٠ عقوبات .

٢٦٣- مهنة العلاج الطبيعى :

ينظم مزاوله مهنة العلاج الطبيعى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥ فى شأن تنظيم مزاوله مهنة العلاج الطبيعى .
وتقضى أحكام هذا القانون بما يلى :

١- مع مراعاة أحكام قانون مزاوله مهنة الطب، لا يجوز مزاوله مهنة العلاج الطبيعى إلا بترخيص من وزارة الصحة طبقاً للإجراءات والأوضاع المقررة فى القانون (١م من القانون) .

٢- يشترط للحصول على ترخيص مزاوله مهنة العلاج الطبيعى ما يأتى :

١- أن يكون طالب الترخيص مصرى الجنسية أو من رعايا الدول التى تعامل المصريين بالمثل .

٢- أن يكون حاصلاً على أحد المؤهلات الآتية :

(أ)- بكالوريوس العلاج الطبيعى من إحدى الجامعات المصرية.

(ب) بكالوريوس العلاج الطبيعي من معهد التربية الرياضية قبل العمل بالقانون .

(ج) دبلوم البعثة الداخلية في العلاج الطبيعي من معهد التربية الرياضية قبل العمل بالقانون .

(د) شهادة أجنبية معادلة لأى من الشهادات السالف ذكرها وفقا للقوانين واللوائح الخاصة بذلك^(١).

٣- أن يكون محمود السيرة حسن السمعة .

٤- ألا يكون سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة متعلقة بمزاولة مهنة الطب أو إحدى المهن المرتبطة دون ترخيص ، وذلك كله ما لم يكن قد رد إليه اعتباره (م ٢ من القانون) .
وينشأ بوزارة الصحة السجلان الآتيان :

١- سجل لممارسى العلاج الطبيعي ، ويقيد فيه الحاصلون على أحد المؤهلات الدراسية المشار إليها في البنود أرقام (أ) ، (ب) ، (ج) ، (د) من البند ٢ من المادة الثانية وكذا الحاصلون على مؤهلات دراسية معادلة لها.
٢- سجل أخصائى العلاج الطبيعي وتقيد فيه الفئات الآتية :

(١) وتنص المادة الأولى من القانون رقم ١٩٧ لسنة ١٩٨٣ على أنه لا يجوز لخريجى المعاهد العليا للتريض والعلاج الطبيعي مزاولة مهنتهم إلا بعد أداء تدريب إجبارى لمدة سنة في إحدى المستشفيات أو المؤسسات العلاجية التى يصدر بتحديد لها قرار من وزير الدولة للصحة .

- (أ) من يزاول مهنة العلاج الطبيعي مدة لا تقل عن خمس سنوات .
- (ب) ممارس العلاج الطبيعي الذي حصل على درجة علمية لا تقل عن الماجستير في مجال التخصص (م ٣ من القانون) .
- وللحاصل على دبلوم التخصص في التدليك والكهرباء أو أى مؤهلات دراسية معادلة الحق في مزاوله تخصصه تحت إشراف الطبيب المعالج.
- ويقيد في السجل المعد لذلك بوزارة الصحة قبل حصوله على الترخيص بالعمل .

وعلى من يزاول العلاج الطبيعي وضع وتنفيذ برنامج العلاج الطبيعي بناء على التقرير الطبى الكتابى الصادر من الطبيب المعالج، وأن يكون على اتصال دائم به ، ويتبادل الرأى معه في شأن استمرار العلاج ، ويكون الاتصال فوراً إذا ظهرت على المريض أعراض جديدة غير التى أثبتها فحص الطبيب المعالج من قبل . ولا يجوز لمن يزاول العلاج الطبيعي تشخيص الحالات، أو إعطاء وصفات أو شهادات طبية أو دوائية، أو طلب فحوص معملية أو إشعاعية أو غيرها (م ٨ من القانون) .

ولا يجوز مزاوله مهنة العلاج الطبيعي في مراكز خاصة خارج المنشآت الطبية المنصوص عليها في القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية إلا بترخيص خاص من وزارة الصحة ويمنح هذا الترخيص للمقيدين بالسجل (٢) المنصوص عليه في المادة الثالثة من القانون (٩م من القانون) .

ويمنح المشتغلون بالعلاج الطبيعى وقت صدور القانون مهلة قدرها سنة تبدأ من تاريخ العمل به لاستيفاء شروط مزاوله المهنة المنصوص عليها فى القانون (م ١٠ من القانون) .

ومع عدم الإخلال بالأحكام الواردة فى القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ فى شأن مزاوله مهنة الطب ، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أحكام المواد الأولى والثانية والتاسعة من القانون وتضاعف العقوبة فى حالة العود (م ١١ من القانون) .

ويعاقب تأديبياً كل من زاول مهنة العلاج الطبيعى بالمخالفة لأحكام القانون أو العرف والتقاليد المرعية أو خرج على مقتضياتها ، وتكون العقوبة التأديبية كالاتى :

١- الإنذار .

٢- الوقف عن مزاوله المهنة لمدة لا تزيد على سنتين .

٣- شطب الاسم من السجل المعد لذلك بوزارة الصحة (م ٢١ من القانون) .

ويشكل مجلس التأديب بوزارة الصحة على النحو الذى أوردته المادة ١٣ من القانون .

ويشطب من السجل المعد بوزارة الصحة كل من فقد شرطاً من الشروط الواردة في المادة الثانية من القانون ، ويصدر بالشطب قرار من لجنة القيد المنصوص عليها في المادة الخامسة بعد إحالة الأمر إليها من وزير الصحة ويجوز للجنة قبل إصدار قرارها الاستماع إلى أقوال صاحب الشأن، ويكون قرار اللجنة نهائياً ، وتنظم اللائحة التنفيذية الإجراءات المقررة لذلك (م ١٤ من القانون)، وقد صدرت اللائحة المشار إليها بقرار وزير الصحة رقم ١٥٠ لسنة ١٩٨٦ باللائحة التنفيذية للقانون رقم (٣) لسنة ١٩٨٥ في شأن تنظيم مزاوله مهنة العلاج الطبيعى .

ولمن صدر قرار تأديبى بشطب اسمه أن يطلب من اللجنة المنصوص عليها في المادة الخامسة إعادة قيده بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ صدور القرار وتصدر اللجنة قراراً نهائياً في هذا الشأن خلال شهر على الأكثر من تاريخ تقديمه (م ١٥ من القانون) .

والعلاقة بين المريض وممارس العلاج الطبيعى أو أخصائى العلاج الطبيعى إذا كانت خارج نطاق المستشفيات هى علاقة عقدية ، والتزامه في العلاج التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية .

وإذا زاول الممارس أو الأخصائى تشخيص الحالات أو إعطاء وصفات أو طلب فحوص معملية أو إشعاعية أو غيرها فإنه يعاقب بالعقوبة التى

يرصدها القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ في شأن مزاولة مهنة الطب لمن يزاول المهنة بدون ترخيص .

وإذا تعرض لعلّة في جسم المريض و أحدث تدخله جرحابه ، كان مرتكباً لجريمة الجرح العمد .

٢٦٤- مهنة تجهيز وبيع النظارات الطبية :

ينظم مهنة تجهيز النظارات الطبية وبيعها القانون رقم ١٩٣ لسنة ١٩٥٩ في شأن إعادة تنظيم مزاولة مهنة تجهيز النظارات الطبية وبيعها في إقليمي الجمهورية (جمهورية مصر العربية الآن) .

وتقضى أحكام هذا القانون بأن :

١- لا يجوز لأى شخص أن يزاول مهنة تجهيز النظارات الطبية وبيعها في جمهورية مصر العربية إلا إذا كان مرخصاً له في ذلك من وزارة الصحة .
ويقصد بالنظارات في نصوص هذا القانون - النظارات التي تحمل عدسات صحية للنظر (م) من القانون) .

ويشترط فيمن يرخص له في مزاولة هذه المهنة أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

(أ) أن يكون متمتعاً بجنسية الجمهورية العربية المتحدة (جمهورية مصر العربية الآن) أو بلد تميز قوانينه للمتمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة مزاولة هذه المهنة فيه .

(ب) أن يكون حاصلا على شهادة من أحد المعاهد المتخصصة المعترف بها في جمهورية مصر أو على شهادة معادلة من الخارج. وتقوم بتقدير هذه الشهادات وتقدير معادلتها لجنة تشكل بقرار من وزير الصحة المركزي .

(ج) أن يكون قد أمضى بعد حصوله على المؤهل المنصوص عليه في الفقرة (ب) مدة تمرين لا تقل عن ستة أشهر في مؤسسة لتجهيز النظارات الطبية تعترف بها وزارة الصحة التنفيذية المختصة .

(د) أن يكون محمود السيرة ، حسن السمعة ولا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة في جريمة مخلة بالشرف ما لم يكن قد رد إليه اعتباره .

ويستثنى من شرط الحصول على المؤهل المنصوص عليه في الفقرة (ب) من هذه المادة كل من سبق الترخيص له بمزاولة هذه المهنة (م ٢ من القانون). وينشأ بوزارة الصحة سجل تقيد فيه أسماء المرخص لهم في مزاولة هذه المهنة والمؤهلات الحاصلين عليها ، وتاريخ حصولهم عليها والجهة التي منحتهم الترخيص ومحل مزاولة المهنة ومحل الإقامة .

ويؤدى رسم قيد قدره جنيهان مصريان (أو عشرون ليرة سورية) كما يؤدى هذا الرسم عند طلب إعادة القيد .

وتعطى الوزارة المختصة مستخرجا من هذا القيد تلصق عليه الصورة الفوتوغرافية للمرخص له مختومة بخاتمها نظير رسم قدره جنيه مصرى (م ٣ من القانون) .

ولا يجوز فتح محل النظارات الطبية لبيعها إلا بترخيص من وزارة الصحة التنفيذية المختصة ، ويصدر قرار من وزير الصحة بالشروط الواجب توافرها في المحل وفي طالب الرخصة (م ٦ من القانون) .

ويجب أن يكون للمحل مدير فني مرخص له في مزاوله المهنة ويكون هو المسئول عن تجهيز النظارات الطبية وبيعها ويجب على صاحب المحل إبلاغ وزارة الصحة التنفيذية المختصة عن اسم المدير الفني لمحله (م ٨ من القانون) .

ولا يجوز أن يصرف محل بيع النظارات ، نظارة طبية إلا بناء على تذكرة من طبيب رمدي، ولا يجوز إدخال أى تعديل على الوصف المبين بها (م ١١ من القانون) .

ولا يجوز توقيع الكشف الطبى على طالب النظارة أو غيره في المحل كما لا يجوز أن يحتوى المحل على حجرة مظلمة أو على الآلات الخاصة بقياس انكسار الأشعة في العين (م ١٢ من القانون) .

ويجب أن يبين على العدسات والنظارات التى بالمحل نوعها واسمها التجارى والمصانع المستوردة منها (م ١٣ من القانون) .

وتفصل اللجنة المشكلة وفقا لأحكام المادة الثامنة عشرة من القانون في كل خلاف قد يحدث بين الطبيب الذى وصف النظارة وبين المدير الفنى للمحل الذى قام بتجهيزها ويكون قرارها في هذا الشأن نهائيا (م ١٧ من القانون) .

وتخضع محلات تجهيز النظارات وبيعها للتفتيش الذى تقوم به السلطات المختصة للتثبت من تنفيذ أحكام هذا القانون والاشتراطات التى يصدر بها بقرار من الوزير (التنفيذى) المختص (م ٢١) .

وكل من زاول مهنة تجهيز النظارات الطبية أو بيعها أو فتح محلا بدون ترخيص يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وبغرامة لا تزيد على عشرين جنيتها مصريا أو بإحدى هاتين العقوبتين وفى جميع الأحوال يحكم القاضى بإغلاق المحل ونزع لوحاته ومصادرة الأشياء المتعلقة بالمهنة (م ٢٣ من القانون) .

وكل مخالفة أخرى لأى حكم من أحكام القانون يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تتجاوز شهرا وبغرامة لا تزيد على عشرين جنيتها أو بإحدى هاتين العقوبتين ويجب الحكم بمصادرة الأشياء محل المخالفة (م ٢٤ من القانون) .

ويتضح مما سلف أن مزاول مهنة تجهيز وبيع النظارات الطبية يرتبط مع عمله بموجب عقد مقاول ، إلا أن التزامه هنا هو التزام بتحقيق نتيجة، إذ يلتزم بموجبه أن يسلم العميل نظارة طبية طبقا للمواصفات التى قررها طبيب الرمد وما اتفق عليه بين الطرفين من مواصفات أخرى ومن ثم يسأل عن أى خطأ أو تقصير فى تجهيز النظارة إذا ترتب عليه ضرر للعميل.

وإذا صرف مزاوول المهنة نظارة طبية بدون تذكرة طبية من طبيب رمدي، أو أءءل أى ءءءل على الوصف المبين بالتذكرة ، أو أوقع الكشف الطبي على طالب النظارة أو غيره كان مزاوولاً لمهنة الطب بدون ءرءيص ويخضع للعقوبة المنصوص عليها في القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ (المءءل) في شأن مزاولة مهنة الطب ، وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون صراحة على أن " وصف نظارات طبية " يعد من الأعمال الطبية التي لا يجوز مزاولتها بدون ءرءيص .

موضوع رقم (١١)

(جريمة إفشاء الطبيب سر المهنة)

٢٦٥- النص القانوني :

المادة ٣١٠ من قانون العقوبات (معدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة

١٩٨٢).

" كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي ائتمن عليه فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على ستة شهور ، أو بغرامة لاتتجاوز خمسمائة جنيه .

ولاتسرى أحكام هذه المادة إلا في الأحوال التي لم يرنخص فيها قانون بإفشاء أمور معينة كالمقرر في المواد ٢٠٢ و ٢٠٣ و ٢٠٤ و ٢٠٥ من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية "(١).

٢٦٦- تهديد :

وردت المادة السابقة في قانون العقوبات الباب التاسع الخاص بـ "القذف والسب وإفشاء الأسرار " من الكتاب الثالث الخاص بـ " الجنايات والجنح التي تحصل لآحاد الناس " .

وإفشاء السر يعد من جرائم الأشخاص التي تصيبهم في شرفهم واعتبارهم حسب الأصل .

(١) هذه المواد تقابل الآن المادتين ٦٥ ، ٦٦ من قانون الإثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

وكتمان أسرار الغير ابتداء واجب خلقى تقتضيه مبادئ الشرف والأمانة. هذا فضلا عن أن من مصلحة المجتمع أن يجد المريض طبيبا يركن إليه فيطمئن إلى سره لديه وأن يجد المتهم محاميا يطمئن إلى سكوته فيصارحه بحقيقة أمره وهو ما يؤكد الثقة الواجبة في ممارسة المهن التى تقدم خدمات لأفراد المجتمع .

وبوضح من النص المذكور أنه غير قاصر على الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل ، إنما يسرى على كل من يؤمن على السر بحكم مهنته أو صناعته وذلك بتفصيل ليس هنا محل دراسته .

ولكن نشير إلى ما قضت به محكمة النقض بتاريخ ١٩٥٣/٧/٢

طعن رقم ٨٨٤ لسنة ٢٢ (جنائى) بأن :

" ... لما كان ذلك وكان الشارع عندما وضع المادة ٣١٠ من قانون العقوبات لم يعمم حكمها ، بل إنه خص بالنص طائفة الأطباء والجراحين والصيادلة والقوابل وغيرهم وعين الأحوال التى حرم عليهم فيها إفشاء الأسرار التى يضطر صاحبها أن يأتمنهم عليها باعتبار أن طبيعة عملهم تقتضى هذا الاطلاع ، وهم فى سبيل قيامهم بخدماتهم للجمهور فإنه لا يصح التوسع فى هذا الاستثناء بتعميم حكمها إلى من عدا المذكورين فى النص كالخدم والكتبه والمستخدمين الخصوصيين ونحوهم فهؤلاء لا يضطر مخدوموهم إلى اطلاعهم على ما يرتكبونه من أعمال مخالفة للقانون " .

٢٦٧- أركان الجريمة :

تتكون جريمة إفشاء سر المهنة الطبية من أربعة أركان هي :

- ١- ركن مادي يتمثل في فعل الإفشاء .
 - ٢- أن يكون الأمر الذي حصل إفشاؤه سرا .
 - ٣- أن يقع إفشاء السر من طبيب أو من في حكمه بحكم عمله .
 - ٤- القصد الجنائي .
- ونعرض لهذه الأركان بالتفصيل على النحو الآتي .

(الركن الأول)

(ركن مادي يتمثل في الإفشاء)

٢٦٨- المقصود بالإفشاء :

إفشاء السر هو كشفه وإطلاع الغير عليه ، بأي طريقة كانت سواء كان ذلك بالكتابة أو المشافهة أو الإشارة .

ولا أهمية للعلانية في إفشاء السر رغم أن المادة ٣١٠ عقوبات وردت في باب القذف والسب ، فليست العلانية بشرط في هذه الجريمة.

فالإفشاء يتم بمجرد اطلاع شخص أو عدة أشخاص عليه بل إنه يقع قانونا ولو حصل لفرد واحد وطلب منه كتمان أو الاحتفاظ به .

ولاعيرة بصلة الطبيب بهذا الفرد الواحد ، فيكفى لتوافر ركن الإفشاء أن يذكر الطبيب السر لزوجه أو لأحد من أفراد عائلته ، ولو طلب الطبيب منهما كتمان هذا السر^(١).

وقد نظرت أمام القضاء الإنجليزي في نهاية القرن التاسع عشر قضية ضد طبيب شهير بالجنس ، كان قد استدعى بسبب مهنته لفحص زوجه أخيه ، وبعد فحصها وجدها في حالة إجهاض وعالجها بالأساليب الطبية المتبعة ، وعند فحص متحصلات الرحم ظن أن بها جنينا ، وكان زوجها متغيبا من مدة طويلة فاعتقد الطبيب عندئذ أنها سيئة السيرة ، فأخبر زوجته بذلك ، وانتقل الخبر إلى أقرباء آخرين اجتهدوا في إيقاف نفقاتها المقررة قانونا . فرفعت الزوجة دعوى على الطبيب تطالبه بتعويض كبير .

ودفع الطبيب الدعوى بأن المسألة خاصة بشرف العائلة ، فإفشاؤها لذلك لأحد أفرادها مسموح به . ولكن القضاء لم يعر هذا الدفاع التفاتا ، وحكم عليه بالتعويض^(٢).

ولا يباح الإفشاء ولو من طبيب إلى طبيب ، والحكمة في ذلك أن المريض لم يأمن أى طبيب على سره ، وإنما اتّمن طبيبا معينا .

(١) فائق الجوهري ص ٤٧٦ - الدكتور رعوف عبيدجرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال طبعة سادسة ١٩٧٤ ص ٢٩٢ - حسن زكي الإبراشي ص ٤٢٣ .

(٢) قضية مدام playfair مشار إليها في فائق الجوهري ص ٤٧٦ .

ولكن لا يعد إفشاء لسر، إذا اجتمع أكثر من طبيب لفحص المريض وإبداء المشورة والرأى فيما يحتاجه من علاج فيتداولون سره ويناقشون أمره ، ذلك أن ما يديه الطبيب لزميله أو رفاقه في مجلس المشورة أو ما يخوض فيه كلهم أو بعضهم من أسرار مريضهم في هذا المقام لا يعد سرا محظورا عليه ، فالطبيب لم ينفرد بالاطلاع على السر والإفشاء به إلى سواه، وإنما وقف عليه هو وزملاؤه جميعا، فأصبح الأمر دولة بينهم وأمانة في عنقهم كافة فمثل هذا الأمر الجماعى الذى اتصنهم عليه سويا ذلك المريض لا يحول دون تناولهم له مادام الأمر لا يخرج عن نطاقهم، وإنما لا يجوز لأحدهم أن يفضى به إلى فرد آخر سواهم ، ولو كان طبيبا بدوره. كما يمكن أيضا تبرير علة الإباحة في هذا الخصوص برضاء المريض نفسه صاحب السر بتداول أطبائه إياه وإذاعتهم له فيما بين بعضهم البعض^(١).

٢٦٩- وسائل الإفشاء :

يستوى في وقوع فعل الإفشاء وتحقق الجريمة إذا توافرت باقى أركانها، أن يكون الإفشاء شغويا أو كتابيا عن طريق إعطاء الغير شهادة أو تقرير يتضمن السر، أو الإدلاء بشهادة أمام جهة إدارية أو قضائية ، ما لم يجر القانون للطبيب ذلك .

(١) إفشاء سر المهنة الطبية بحث للمستشار محمد مامر النائب العام الأسبق منشور بمجلة القضاة العدد التاسع سبتمبر ١٩٧٥ ص ٩٧ وما بعدها .

لكن لا يعتبر إفشاء إعطاء صاحب السر تقريراً متضمناً ذلك السر كإعطاء الطبيب مريضه تقريراً عن مرضه ولا يعتبر إفشاء إعطاء ذلك التقرير لشخص كلفه صاحب السر بأن يحصل عليه نيابة عنه . وإذا ثبتت هذه النيابة فلا مسئولية على الطبيب إذا أفشى النائب السر الذي يتضمنه . ولا يتحقق الإفشاء إذا دون الملتزم بالكتمان السر لنفسه لكي يتناوله فيما بعد بالدراسة^(١).

ومن صور الإفشاء كتابة نشر أسماء المرضى في كتب الطب أو المقالات الطبية أو نشر صورهم الفوتغرافية . فعلى الطبيب أن يحرص على عدم إذاعة كل ما يمكن به التعرف على شخصية صاحب السر^(٢).

وليس في ذلك ما يتعارض مع تقدم العلوم الطبية ، فإذا كان تقدم هذه العلوم مرهوناً ببحث الحالات الجديدة أو الشاذة التي تعرض على الأطباء فليس يعينها بوجه عام معرفة أشخاص المرضى أو أسمائهم .

ولذلك يرى البعض أنه في الأحوال التي يتحتم البحث فيها عن الأسباب الوراثية للمرض أو الظروف المعيشية التي أدت إليه والتي لاغنى فيها عن

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم الخاص - جرائم الاعتداء على الأشخاص طبعة ١٩٨١ ص ٦٤٨ وما بعدها .

(٢) الدكتور محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص ٣٤٠ هامش (٢) - المستشار محمد ماهر البحث المشار إليه ص ٩٦ .

تصوير المريض وموطن الداء من جسمه، فإن الرغبة في خدمة العمل يجب أن تسمو على الاعتبارات التي من أجلها تقرر الاحتفاظ بسر المهنة^(١).

ومن ذلك أيضا ما يجري في المستشفيات حيث يذكر في بطاقة على فراش المريض نوع مرضه وحالته ، مما يمكن معه لجميع مستخدمي المستشفى وزواره الاطلاع عليه . ولاشك أن ذلك يعد إفشاء معاقبا عليه إذا أمكن إسناده إلى الطبيب أو إلى أحد مساعديه .

واقترح تخفيفا لمضار هذا الإجراء الأخذ بالنظام الفرنسي، حيث يعطى للمريض رقم يحمل محل اسمه . ولا تعرف الأسماء إلا لمستخدم واحد في المستشفى أو أكثر حسب اتساع المستشفى ، فيكون هذا مسعولا جنائيا عن إفشاء الأسرار^(٢).

٢٧٠- تحقق إفشاء السر ولو انصب على واقعة معروفة :

جرى القضاء الفرنسي على أنه يعد جريمة معاقبا عليها إفشاء السر ولو انصب على واقعة معروفة مادامت غير مؤكدة ، إذ أن عيط العامة لايعتمد

(١) حسن زكي الإبراشي ص ٤٢٥ .

(٢) فائق الجوهري ص ٤٧٥ .

عليه كثيرا ومن الناس من لا يصدق ما يدور فيه ، فإذا تقدم من أئتمن على السر وأفشاه فإنه يؤكد الرواية ويحمل المترددين على تصديقها^(١) .
ومنى أصبحت الواقعة مؤكدة زالت عنها صفة السر فترديدها لاعتقاب عليه بمقتضى المادة ٣١٠ ، ولكن قد يعاقب عليها بمقتضى قانون آخر .
ومن صور إفشاء السر شفاهة الشهادة به أمام السلطات القضائية أو الإدارية ، أو التبليغ عنه ، حتى ولو كان السر عن جريمة وقعت ولا تزال محل بحث السلطات وقد غلب القانون هنا واجب كتمان السر على واجب الشهادة أو التبليغ لمعاونة السلطات العامة على كشف الحقيقة . وذلك إلا في الأحوال الخاصة التي نص عليها القانون والتي سنتناولها في موضعها .
ولذلك نجد أن المادة ٩٩ من قانون الإجراءات الجنائية مثلا ، وهي التي تبين لقاضى التحقيق أن يأمر الحائز لشيء يرى ضبطه أو الاطلاع عليه بتقديمه وإلا عد في حكم الممتنع عن الشهادة ، استثنت صراحة من يخوله القانون الامتناع عن أداء الشهادة .

(٣) نقص فرنسى ٢٧ يونية سنة ١٩٣١ سرى ١٩٣٢ ١-٣٧ ، ٢٩ ديسمبر ١٨٨٥ - سرى ١-٨٦ - ٨٦ ، ١٢ أبريل سنة ١٩٥١ دالوز ١٥١ ص ٣٦٣ - حسن زكى الإبراشى ص ٤٢٤ - المستشار محمد ماهر ص ٩٨ .

كما نجد المادة ٢٨٧ تنص على أن تسرى أمام المحاكم الجنائية القواعد المقررة في قانون المرافعات (قانون الإثبات الآن) لمنع الشاهد من أداء الشهادة أو لإعفائه من أدائها^(١).

٢٧١- صور الإفشاء :

قد يكون الإفشاء صريحا - وهي الصورة المعتادة له - ويفترض الإفشاء الصريح قدرا أدنى من التحديد والوضوح فيما يفضى به الطبيب. ومن ثم فإن قولاً يتسم بالغموض الشديد أو مجرد إجابة مبهمه على سؤال يستهدف في الحقيقة التهرب من الإجابة عليه لا يقوم بها الإفشاء^(٢).

كما ينصح أن يكون الإفشاء ضمنيا ، ومثل ذلك أن يسمح الطبيب لشخص بأن يطلع على الأوراق التي دون فيها أسرار مرضاه .

ويستوى أن يكون الإفشاء تلقائيا أو غير تلقائي . ومثال الإفشاء غير التلقائي أن يكلف الطبيب بأداء الشهادة لدى القضاء ، فلا يدفع بالإعفاء من الشهادة الذي يقرره له القانون ويفشى السر .

وقد يتخذ الإفشاء صورة الامتناع . ومثال ذلك أن يشاهد الطبيب شخصا يحاول الاطلاع على الأوراق التي دون فيها حالة المريض فلا يحول بينه وبين ذلك على الرغم من استطاعته .

(١) رعوف عبيد ص ٢٩٢ وهامش (٢) .

(٢) محمود نجيب حسني ص ٦٥١ .

وواضح أن هذا الامتناع مخالف لواجب قانونى . ومن ثم تتوافر له عناصر الامتناع فى مدلوله القانونى . ولكن مجرد الصمت من جانب الملتزم بالكتمان إزاء سؤال وجه إليه لا يعتبر إفشاء . وإن أمكن أن يستخلص منه - على سبيل التخمين - نتيجة معينة . إذ أن هذا الصمت لا يناقض واجبا قانونيا ^(١) .

ويجوز أن يكون الإفشاء غير مباشر ، كأن يقبل الطبيب مهمتين تفترض إحداهما الإفشاء بالمعلومات التى حصل عليها من الأخرى وكان ملتزما بكتمانها .

وتطبيقا لذلك فإن الطبيب الذى عالج مريضا لا يجوز له أن يقبل أداء عمل من أعمال الخيرة فى شأنه، إذ أن الخيرة تلزمه بأن يفشى بمعلومات حصل عليها بعلاجه هذا المريض كطبيب خاص ^(٢) .

ويذهب البعض إلى أن العرف قد يسيغ الإفشاء لاعتبارات ذات صبغة قومية أو دولية كما فى الحالات التى تصدر فيها نشرات طبية بمناسبة إصابة أو مرض أو وفاة رؤساء الدول والشخصيات البارزة فى المجتمع الدولى . أو تلك التى تنشرها الهيئات والجمعيات الدولية المتخصصة، وهى بمعرض أداء

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٤٩ وما بعدها .

(٢) محمود نجيب حسنى ص ٦٥٠ .

واجبها تلبية لنداء الضمير الإنسانى. فإنه لاوجه للعقاب على إفشاء السر
الطى فى هذه الحالات وميثلاتها^(١).

٢٧٢- تحقق الإفشاء ولو كان جرنيا :

لا يتحقق الإفشاء بإفشاء السر جميعه فقط، بل يكفى الإفشاء الجزئى ،
أى بإفشاء جزء من السر دون إفشاء باقيه^(٢) . ولو كان الجزء الذى أفضى
يسيرا .

ومثال ذلك أن يفضى الطبيب إلى الغير بواحد من أمراض عديدة يعانى
منها المريض وإن لم يخطر فى ذات الوقت بسبب إصابته به أو مقدار
خطورته .

ويتحقق الإفشاء إذا كان الغير يعلم من قبل بكل ما أفضى به إليه
الطبيب ، ولكن كان علمه به على سبيل الشك ، فلما أكد له تحول علمه
إلى علم يقينى ، ذلك أن إضافة اعتبار يزيد فى تقدير الغير من صحة السر
يعد اطلاعا له على أمر كان مجهولا لديه^(٣) .

وقد قضى بأن مجرد ذكر دخول مريضة إلى مستشفى للولادة يعتبر
إفشاء لسر المهنة ، ولذلك فإنه يحق لمدير المستشفى أن يتمتع عن الإدلاء
بشهادته فى هذا الصدد^(٤) .

(١) المستشار محمد ماهر ص ٩٩ .

(٢) محمود عمود مصطفى ص ٣٤٠ - حسن زكى الإبراشى ص ٤٢٣ -

المستشار محمد ماهر ص ٩٦ .

(٣) محمود نجيب حسنى ص ٦٥٠ وما بعدها .

(٤) نقض فرنسى ١٤ مارس ١٨٩٥ سبرى ١٨٩٥ - ٣٧٥ - دالوز ١٨٩٩ - ٥ -

بخلاف ما اذا كان المستشفى معدا لعلاج جميع الأمراض^(١).

٢٧٢- متى ينتهى الالتزام بعدم الإفشاء ؟

الالتزام بكتمان السر الطبي مفروض على الطبيب طوال حياته ، فلا يجوز له أن يذكر شيئا عن مرض أحد مرضاه بعد وفاته . وللنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية على الطبيب الذى يفشى سر المريض . ويجوز لورثة هذا المتوفى أن يقيموا الدعوى بطلب التعويض ضد الطبيب إذا حاق بهم ضرر من هذا الإفشاء كأن يثبت مثلا أن الإفشاء قد أصاب اعتباره الشخصى هو نفسه بضرر، أو أنه أثار حوله شكوكا، أو أنه منعه من أن يجد عملا كان يستطيع أن يجده لولاه ، أو أنه قد أقام عقبة ما فى طريق مؤسسته. فضلا عن ذلك فإن الضرر الأدبى يكفى وحده لإعطاء الحق للوارث فى رفع الدعوى^(٢).

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أحقية الوارث فى رفع هذه الدعوى حتى ولو لم يمسسه ثمة ضرر استنادا إلى حقه فى حماية ذكرى مورثه^(٣).
وقد ذهبت محكمة بيزانسون بتاريخ ١٨٩٩/٦/٧ إلى أن الطبيب الذى يقوم بعلاج مريض فى مرض الموت لا يستطيع أن يذيع سبب موته دون أن يخالف بذلك حكم المادة ٣٧٨ عقوبات فرنسى التى فرضت سر المهنة بطريقة مطلقة وجعلت منه أمرا متعلقا بالنظام العام^(٤).

(١) نقض فرنسى فى ١٦ مارس ١٨٩٣ (دالوز ١٨٩٤ - ١ - ١٣٧).

(٢) فائق الجوهري ص ٤٧٧ وما بعدها .

(٣) للمستشار محمد ماهر ص ٩٨ .

(٤) دالوز (١٩٠٠ - ١ - ٤٠٧) .

(الركن الثاني)

(أن يكون الأمر الذي حصل إفشاؤه سرا)

٢٧٤- مضمون هذا الشرط :

يجب لتوافر جريمة إفشاء السر أن يكون ما أفشاه الطبيب سرا .
ولم يعرف القانون سر المهنة أو يبين ماهيته ، وطبيعي فإن تحديده
مسألة تختلف باختلاف الظروف فما يعتبر سرا بالنسبة لشخص قد لا يعتبر
كذلك بالنسبة لآخر، وما يعد في ظروف معينة سرا قد لا يعد كذلك في
سواها .

وقد اختلف الفقهاء في تعريفه، فذهب البعض بأنه كل ما يعهد به
المريض للطبيب على أنه سر^(١).

ولكن جمهور الفقهاء على أنه لا ضرورة لأن يكون السر قد عهد به
إلى الطبيب . وأن السريجب أن يشمل كل أمر يعد سرا بطبيعته . فالطبيب
يلزم بالمحافظة على السر ولو لم يطلب صاحبه ذلك ، بل ولو لم يدل به
إليه إدلاء ، على خلاف ما يمكن أن يفهم من لفظ الإيداع الوارد بالنص .
ولذلك يعد سرا كل أمر وصل إلى علم الطبيب عن طريق الخبرة الفنية ،
أو عن طريق الظن أو حتى المباغته ، ولو لم يذكر له المريض شيئا عنه^(٢).

(١) إسمان في سري ١٩٠١ - ١ - ١٦٢ عمود ٣ .

(٢) جمارو جزء ٥ ق ٢٠٦٦ وجارسون م ٣٧٨ ن ١٩ - ٢٠ - فائق الجوهري

ص ٤٧١ - حسن زكي الإبراشي ص ٤١٨ .

وقيل في ذلك إنه لا يمكن القول بأن المرأة التي تكون قد صرحت للطبيب بأن يفحص أعضائها التناسلية ، لا تكون قد عهدت إليه بشئ، لأنها بتسليمها نفسها لمثل هذا الفحص بواسطة رجل فني ، تكون قد عهدت إليه بكل ما يمكن أن يحصل عليه من المعلومات نتيجة الأبحاث التي يقوم بها ^(١).

ومن حق المريض أن يعتمد دائما على سكوت الطبيب وكتمانه ، في غير حاجة إلى أن يقول له بين كل حين وآخر أنه يعهد إليه بما لديه على أنه سر .

وقد استقرت على ذلك أحكام القضاء الفرنسي ^(٢) ، فهي تعطي السر معنى أكثر اتساعا وتدخل فيه المسائل التي تعد سرا بطبيعتها ولو لم يعهد بها المريض إلى الطبيب .

(١) موسوعة دالوز تحت إفشاء السر ن ١٨ .

(٢) نقض في ١٩ ديسمبر سنة ١٨٨٥ (دالوز ١٨٨٦-١-٣٤٧ وسيرى ١٨٨٦-١-٨٦) - نقض مدني في ١٣ يوليو سنة ١٨٩٧ (دالوز ١٩٠٩-١-٤٣) ونقض في أول مايو سنة ١٨٩٩ (دالوز ١٨٩٩-١-٥٨٥) ونقض جنائي في ١٠ مايو سنة ١٩٠٠ و ١٥ فبراير سنة ١٩٠١ (دالوز ١٩٠٣-١-٥٥٣) ونقض في ١٨ يولية سنة ١٩٠٥ - نقض في ٢٩ مارس سنة ١٩٢٧ (سيرى ١٩٢٨-١-٥) - وكانت محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية قد ذهبت في حكم لها صادر في ٢٦ يولية سنة ١٨٤٥ إلى القول مع حرفية النص بأنه يجب على الطبيب ألا يمتنع بحجة السرية عن الشهادة بغير ما يعهد به إليه المريض على هذا النحو. لأن هذا هو وحده الذي يضر إفشائه بالعائلات ، أما ما عداه فإن كتمانها يضر بالعدالة .

وقد ذهب البعض إلى أن السرهما يضر إفشاؤه بسمعة المريض أو كرامته^(١).

غير أن الرأي الغالب يذهب إلى أن السر قد يكون مشرفاً لمن ير كتمانته، ومع ذلك يحميه النص^(٢).

وقد ذهبت قلة من الفقهاء إلى أن العرف يقضى باعتبار بعض الأمراض كاليرص والجذام والزهرى من الأمراض التى لا يجوز إفشاء سرها لأنها بطبيعتها أمراض تدعو إلى النفور من المصاب بها مما يمس طمأنينة صاحبها. ولا يغير من ذلك أن يكون لهذه الأمراض أعراضها الظاهرة. فإن معرفة هذه الأعراض قد تقوت على الناس وإن لم تفهم فقد لا يعرفون مآلاتها^(٣).

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض المصرية فى حكم لها صادر بتاريخ ٢ فبراير سنة ١٩٤٢ قضت فيه بأن القانون لم يبين معنى السر وترك الأمر لتقدير القضاة. فوجب أن يرجع فى ذلك إلى العرف وظروف كل حادثة على انفرادها. وبالنسبة لظروف الحادثة موضوع الدعوى فقد جرى العرف على أن مرض الزهرى والسل هما المرضان اللذان يجب على

(١) دالوز تحت عنوان إفشاء الأسرار فقرة ١٦.

(٢) جارسون التعليق على المادة ٣٧٨ فرنسى فقرة ١٧ جارو فقرة ٢٠٦٦-

محمود نجيب حسنى ص ٦٤١ هامش (٢).

(٣) بحث للأستاذ عبد العزيز البيلوى نشر فى مجلتي كلية الحقوق والشرائع فى سنة

الطبيب أن لا يفشى سرهما. أما مرض البواسير فهو لا يعتبر سرا خصوصا إذا كان المريض من الرجال^(١).

ولا يوافق معظم الفقهاء على ذلك التقسيم لأنه يؤدي إلى ترك ناصية التحديد لمشيئة الطبيب وتقديره مع أنه لا يستطيع أن يتنبأ مقدما بما سوف يترتب على الإفشاء من آثار بالنسبة للمريض^(٢). وأنه ينبغي ألا يفشى الطبيب بالمرض مهما كان يسيرا ولا يصح أن ييوح به ولو كان العرف قد جرى على الترخص في شأنه والتهوين من أمره ، كما في حالات الرشح ونزلات البرد الطفيفة وما يشبه ذلك .

إن الطبيب ليس هو صاحب السرحى يناط به تقدير مقتضيات إفشائه أو إمساكه ، وإنما رب ذلك السر هو المريض نفسه، وما لم يأذن لطبيبه بإعلانه فلا يجوز له ذلك . ولا يقدح في هذا النظر ما قد يذهب إليه عرف بعض الناس من حط وصف السر عن أمراض بعينها ، مادام المرضى بها يعتبرونها خلافا لذلك من قبيل الأسرار . فنعت السر الطبي يدور وجودا وعدما مع نظرة المريض إليه ، بغض النظر عما يراه المجتمع أو يرتاب الطبيب بشأنه . فقد لا يصطبغ (الزكام) مثلا في مفهوم الجماعة بصفة

(١) المحاماة سبتمبر وأكتوبر سنة ٤٢ ص ٤ ومشار إليه في مؤلف فائق الجوهري ص ٤٧٣ .

(٢) جارو مطول العقوبات ج ٥ فقرة ٢٠٦٦ - جارسون في العقوبات ج ١ فقرة ١٧ - المستشار محمد ماهر ص ١٠٤ - فائق الجوهري ص ٤٧٣ .

السر ، في حين أن إفشاء الطبيب به قد يضر المريض إذا كانت طبيعة عمله تتأثر ولو مؤقتا بحاسة الشم لديه ^(١).

ولا يقتصر السر على ما يصل إليه الطبيب من نتائج إيجابية بل قد يكون في الأمر سر ولو كانت نتيجة الفحص سلبية ، فالطبيب الذي يذكر أن الزائر خال من أى مرض يفشى في ذلك سرا . وإن كان القضاء يعتبر هذا من مبررات الرأفة بالمتهم ^(٢).

وهذا فضلا عن أن احتمال وقوع الضرر متصور في حالة النتائج السلبية كما في تلك الإيجابية سواء بسواء فالطبيب الذى يذكر أن مريضه لايشكو من شئ وأن حالته الصحية ممتازة قد يضر بمصلحة هذا المريض إذا كان يدعى مثلا عدم قدرته على القيام بعمل معين أو أن ظروفه الصحية تقتضى تغيير نوع عمله أو مكانه ^(٣). وتقرير أن شخصا لايعانى من مرض معين قد يستخلص منه عن طريق الخبرة الفنية أنه يعانى من مرض آخر مثال ذلك شخص تبدو عليه أعراض مريضين فأعطاه شهادة سلبية في شأن أحدهما يعنى بالضرورة أنه يعانى من الآخر ^(٤).

(١) المستشار محمد ماهر ص ١٠٤ .

(٢) حسن الإبراشى ص ٤١٩ وما بعدها - فائق الجوهري ص ٤٧٤ - محمود

عمود مصطفى ص ٣٤٠ هامش (٤) - المستشار محمد ماهر ص ١٠٢ .

(٣) محمود نجيب حسنى ص ٦٤٦ - المستشار محمد ماهر ص ١٠٢ .

(٤) محمود نجيب حسنى ص ٦٤٦ .

وبتطبيق ذلك على الأمراض العقلية قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٢٧^(١) بوجوب استبعاد الشهادة المقدمة من طبيب باستبعاد المرض العقلي لعميله على اعتبار أن الطبيب لم يصل إلى معرفة ذلك إلا بفضل العلاجات التي قام بها لهذا العميل . وذلك على خلاف الشهادة التي تقرر أن العميل سليم القوى العقلية ، طالما أن هذه الشهادة لم تحدد مرضا .

ويبدو من ظروف الحال أن سلامة القوى العقلية للمريض لم يعهد بها إلى الطبيب باعتبارها سرا ، كما أنها ليست سرا بطبيعتها^(٢) .

وسر المهنة الطبية كما يرجع إلى الحالة الحاضرة للمريض ، فهو يرجع كذلك إلى مستقبله ، فلا يجوز للطبيب أن يذكر شيئا عن خطورة المرض أو احتمالات الشفاء. كما أن السري تمتد أيضا إلى الوقائع والظروف التي يحدث فيها المرض أو الوفاة. وقد ضرب مثلا برجل توفى فجأة في غرفة امرأة لم يكن يصح أن يذهب إليها . وذكر أن واجب الطبيب الذي يدعى في هذه الحالة يقتضيه أن يذكر للسلطات الظروف التي حدثت فيها الوفاة. ولكن يجب أن يعمل الترتيب اللازم بمساعدة رجال البوليس على إخطار أسرة المريض بأن الوفاة حدثت في الطريق العام^(٣) .

(١) بنفس المعنى نقض عرائض في ١٨ يونيو ١٩٠٤ .

(٢) فائق الجوهري ص ٤٧٤ .

(٣) بروارديل في السر الطبي ص ٢٨١ .

ولا يشترط لتوافر الجريمة وقوع ضرر من إفشاء السر ، فالضرر ركن
لقيام المسؤولية المدنية فحسب ، فلا ينظر إلى الضرر من ناحية المجنى عليه
بـل تعتبر الجريمة متوافرة أركانها متى حصل الإضرار بالمصلحة العامة التي
أريد بالنص حمايتها ، فلا يخفى كما ذكرنا سلفا أن السر قد يكون مشرفا
لمن يريد كتمانها ومع ذلك جرّمته المادة ٣١٠ عقوبات^(١).
وقد استندت بعض الآراء في اشتراط الضرر إلى وضع الشارع جريمة
إفشاء الأسرار بين الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار .
وعيب هذه الآراء أن الواقعة التي يحرص المجنى عليه على كتمانها قد تكون
مشرفة له^(٢).

(١) حسن الإبراشي ص ٤١٩ .

(٢) محمود نجيب حسني ص ٦٤١ هامش (٢) .

(الركن الثالث)

(أن يقع إفشاء السر من طبيب أو من في حكمه بحكم عمله)

٢٧٥- مضمون الركن :

عينت الفقرة الأولى من المادة ٣١٠ عقوبات بعض طوائف يسرى عليها حظر إفشاء الأسرار فقالت : " كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل " ، ثم أردفت قائلة : " أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصى ائتمن عليه " .

فقد حرص الشارع فى هذه الفقرة على توجيه خطابه صراحة إلى الأطباء والجراحين والصيادلة والقوابل ، ثم أردف هذا الخطاب بقوله أو (غيرهم) فدل بذلك على أن ذكر الأطباء ومن فى حكمهم لم يكن على سبيل الحصر، بل يتسع النص ليشمل مدلوله سواهم ويتعطف على غيرهم . فبشمل النص جميع الموظفين وأصحاب المهن الذين تقتضى وظائفهم أو مهنتهم بتلقى أسرار الغير بسبب ما يقومون به من الأعمال خدمة للجمهور . وترك النص للقضاء تحديد هؤلاء . وقد رأينا أن محكمة النقض أخرجت من دائرة النص الخدم والكتبه والمستخدمين الخصوصيين ونحوهم لأن مخدوموهم لا يضطرون إلى اطلاعهم على ما يرتكبونه من أعمال مخالفة للقانون .

وقد أردف الشارع إشارته إلى "الأطباء" ذكر "الجراحين" مع أن الجراحين نوع من الأطباء، ويكشف ذلك عن قصد الشارع أن يحيط بالأطباء كافة على اختلاف تخصصاتهم ، بما فى ذلك أطباء الأسنان، ولكن لا يدخل فى نطاق النص الأطباء البيطريون ^(١).

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٥٤ - فائق الجوهري ص ٤٦٨ .

وقد أشار الشارع إلى " القوبى " ويستخلص من ذلك قصد الشارع أن يشير إلى جميع الأشخاص الذين يباشرون طبعا للقانون عملا طبيا وأن يكون ذلك محصورا في عمل أو أعمال محدودة ، فيخضع للنص بناء على ذلك " حلاق الصحة " في حدود م رخص له به القانون^(١).

غير أنه قد أثير الخلاف حول مدى التزام من يعاونون الأطباء بكتمان سر المهنة أسوة بهم مثل مساعدي الأطباء والمرضين والفنيين وكتبة المستشفيات ومدير المستشفى وطلاب كلية الطب وصانعي الأسنان والنظارات الطبية والأطراف الصناعية فذهبت القلة إلى عدم تقيد هؤلاء بالكتمان رغبة في عدم التوسع في أحوال المنع من الشهادة ، وأخذوا بقاعدة التفسير الضيق في المواد الجنائية^(٢).

غير أن الرأي الغالب يذهب إلى أن واجب الكتمان ينطبق على كل هؤلاء باعتبارهم أمناء على السر بحكم الضرورة فالالتزام بعدم إفشاء السر يمتد إلى كل من يتصل بالأطباء وتكون له فرصة الاطلاع على السر. ذلك أن القول بغير ذلك لا يتفق وقصد المشرع في المحافظة على أسرار المهنة وحمايتها بسياج منيع وهو ما يتطلب حتما امتداد نطاق التأثيم إلى هؤلاء الذين يتصلون بحكم الضرورة بالأطباء ومن في حكمهم إبان مباشرتهم

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٥٤ .

(٢) راجع ميرجسيه عن سر المهنة رسالة باريس سنة ١٨٩٥ ص ١٣٢ - نقض

جنائي فرنسي ١٨٦٤/١٢/٨ (دالوز ١٨٦٧ - ٥ - ٤٣١) .

لعملهم أو مناسبتة ويقفون على السر بدورهم ومن مصلحة المريض نفسه أن يشرح لهم الطبيب حالته ، فإن كانوا في حل من إباحة السر أصبح النص قليل الفائدة إذ ما يحرم على الطبيب يمكن أن يحل لمساعدته^(١).
وليس من الضروري أن يكون الطبيب مرخصا له بمزاولة المهنة فهو يلزم بالمحافظة على سر المهنة ولو كان يزاولها بغير ترخيص^(٢) . ذلك أنه ينبغي في مفهوم النص أن يكون الأمين بمقتضى صناعته أو وظيفته موضع ثقة بالضرورة على السر فلا يطلع عليه أحدا، يستوى في ذلك أن يكون مأذونا أو غير مأذون في ممارسة المهنة حاصلًا أو غير حاصل على المؤهل العلمي أو المسوغ اللازم لاستصدار مثل هذا الترخيص ويجزئ في هذا المقام مزاولته عمل الصناعة أو المهنة فعلا^(٣).

وواضح أن الالتزام بعدم الإفشاء قاصر على السر الذي يعلمه الطبيب ومن في حكمه بمقتضى مهنته . أما الأسرار الخارجة عن المهنة مما يصل الطبيب ومن في حكمه إلى معرفته عرضا ، ليس بوصفه طبيا، بل بوصفه شخصا عاديا ، فإن الطبيب لا يلزم بكتمان هذه الأسرار ولا يعاقب على

(١) فائق الجوهري ص ٤٦٨ وما بعدها - حسن زكي الإبراشي ص ٤٢٢ -
رعوف عبيد ص ٢٩٦ - محمود نجيب حسني ص ٦٥٤ - المستشار محمد ماهر
ص ١٠٦ - نقض فرنسي ١٨٩٣/٣/١٦ .

(٢) فائق الجوهري ص ٤٦٨ وما بعدها - المستشار محمد ماهر ص ١٠٧ .

(٣) المستشار محمد ماهر ص ١٠٧ .

إفشائها . بل قد يكون هذا الإفشاء من واجبه في بعض الأحيان ^(١) . وقد قضى في فرنسا بأنه لا يصح استبعاد شهادة الطبيب الذى كان صديقا للمتوفى بمجرد أنه طبيب ، طالما أن هذه الشهادة لاتتعلق بأمرور وصلت إلى علمه بصفته طبيبا، بل بصفته شخصا عاديا بصرف النظر عن مهنته الطبية. بل إن الواجب يقضى على الطبيب في هذه الحالة بأن يبلغ بما وصل إلى علمه من هذا القليل ^(٢) .

(١) فائق الجوهري ص ٤٧٥ - محمود محمود مصطفى ص ٣٤٢ .

(٢) تولوز في ٢٣ يونية سنة ١٩٠٠ (دالوز ١٩٠١ - ٢ - ٢١٣) .

(الركن الرابع)

(القصد الجنائي)

٢٧٦- تطلب توافر القصد الجنائي العام :

لاتعاقب المادة ٣١٠ على إفشاء الأسرار إلا إذا كان ذلك الإفشاء

صادرا عن قصد جنائي .

ويمثل هذا القصد في إفشاء الطبيب السر عن عمد علما بأنه يفشى سرا لم يفض به إليه أو يصل إلى علمه إلا عن طريق مهنته فإذا اعتقد الطبيب أن الواقعة ليست لها صفة السر، كما لو اعتقد الطبيب أن المرض أو العجز اليسير ليس سرا فأذاعه أو اعتقد الطبيب أنه ليست للسر صلة بمهنته، أو اعتقد أن المجنى عليه راض بإفشاء السر إلى شخص معين ، كما لو ظن الطبيب أن المريض راض بإخطار زوجته بمرضه فأفضى به إليها ، فإن القصد الجنائي يتنفي في جميع هذه الحالات. وغنى عن البيان أن الجهل أو الغلط الذي ينفي القصد هو- تطبيق للقواعد العامة- ما تعلق بالوقائع أو بالتكييف القانوني غير الجنائي ، أما إذا تعلق بالتحريم في ذاته فهو لا ينفي القصد . فإذا كان الطبيب يعلم أن للواقعة صفة السر المهني ، ولكنه يعتقد أن مهنته ليست من المهن التي يلتزم أفرادها بكتمان السر أو يعتقد توافر سبب إباحة لا يعترف به القانون فإن القصد يعد- على الرغم من ذلك- متوافرا لديه^(١).

(١) محمود نجيب حسني ص ٦٦٢ .

ويتعين أن تتجه إرادة المتهم إلى فعل الإفشاء وإلى النتيجة التي تترتب عليه، وهي علم الغير بالواقعة التي لها صفة السر، وفي تعبير آخر فإنه يتعين أن تتجه إرادة المتهم إلى الفعل الذي يمكن به الغير من أن يعلم بالواقعة وأن تتجه كذلك إلى توفير هذا العلم لديه^(١).

وبالترتيب على ذلك لا يتوافر القصد الجنائي إذا أفشى الطبيب السر بإهمال منه أو عدم احتياط في المحافظة عليه أو كتمانته . فالطبيب الذي يترك سهواً في مكان غير أمين معلومات سرية عن أحد مرضاه ، فاطلع عليها الغير عرضاً ، لا يكون مرتكباً لجريمة الإفشاء .

ولكن عدم مسئولية الطبيب جنائياً في هذه الحالة لا يمنع من الحكم عليه بالتعويض إذا ما ترتب على إفشاء السر ضرر بالمريض أو ذويه^(٢).

٢٧٧- لا يشترط توافر نية الإضرار لدى الطبيب :

أثير خلاف هام حول ما إذا كانت جريمة إفشاء السر تستلزم قصداً خاصاً هو نية الإضرار بصاحب السر أم لا تستلزمه .

فذهب جانب من الفقه الفرنسي منذ عهد بعيد إلى القول بأن نية الإضرار هذه شرط لا غنى عنه لقيام الجريمة . لأنه إذا اختفت نية الإضرار فمقتضى ذلك أن صاحب النبا لا يعتبره سرا ، ولأن المشرع أورد جريمة

(١) عمود نجيب حسني ص ٦٦٢ .

(٢) فائق الجوهري ص ٤٧٨ - حسن زكي الإبراشي ص ٤٢٥ - رعوف عبيد

الإفشاء في باب القذف والسب والبلاغ الكاذب ، وهى جرائم يتطلب للعقاب عليها قصد الإضرار^(١) . ومن ثم فإن هذه الجرائم جميعا قسام متساوية في اقتضاها نية الإضرار شرطاً جوهرياً لقيام القصد الجنائي .

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ ١٨٣٠/٧/٢٣ . إلا أن محكمة النقض الفرنسية عدلت عن هذا القضاء ونبذت فكرة الضرر في حكمها الصادر سنة ١٨٨٥ في القضية المعروفة باسم قضية واتليه **watelet** وتلخص ظروف هذه القضية في أن مصوراً يدعى باستيان ليباج **Bastien-Lepage** أصيب بمرض في الخصية وقام على علاجه صديقه الدكتور " واتليه " . ولما اشتدت وطأة المرض على المريض استعان الطبيب بزميله الجراح مارشان ، وفورنييه الأخصائي في الأمراض التناسلية . وقد اتفقت آراء الأطباء الثلاثة على أن المريض مصاب بنوع من السرطان . وأن الحالة تقتضى عملية جراحية لاتشفى المريض كلية، ولكن يمكن أن توقفه فترة من الزمن . وأجريت العملية فعلاً واتضح من البحث التشريحي المكروكوبى صحة التشخيص وقد تحسن المريض . ولكنه لم يلبث حتى شعر بالآلام في البطن ، فعاد إلى باريس لاستشارة طبيبه الدكتور واتليه ، وبعد استشارة بين هذا وبين الدكتور بوتان ، وافق الطبيبان على سفر المريض إلى بلاد الجزائر كطلبه ليعبد عن

(١) شوفرويهلى جـه فقرة ١٨٧٢ دالوز المحائى إفشاء الأسرار فقرة ١٢، ٢٣.

بسرر فرنسا . غير أنه لم يمكث هناك غير بضعة أيام حتى شعر باشتداد وطأة المرض عليه ، فعاد إلى باريز حيث أسلم الروح . وقد حدث بعد موته أن نشرت صحيفة الفولتير مقالا تتهم فيه الدكتور واتيليه بأنه أرسل مريضه باستيان ليباج المذكور إلى بلاد الجزائر، وهو يعلم أن طقس الجزائر يضر بصحته ، وذلك لأجل أن يتخلص منه بالموت، ويخفي بذلك خطأ ارتكبه في علاجه ، بإجراء عملية جراحية لم تكن تقتضيها حالة مرضه ، الذى ذكرت الجريدة ما يفيد أنه كان الزهري ولم يكن السرطان. فلما قرأ الدكتور واتيليه هذا المقال ، أراد أن يدفع هذا الاتهام عن نفسه وعن شرف صديقه المتوفى، فكتب رسالة إلى جريدة الماتان يدافع فيها عن نفسه ويشرح حقيقة ما حصل . ووجدت النيابة فى هذا الرد ما يعد إفشاء لسر المهنة فقدمت الدكتور واتيليه للمحاكمة . وقضى بإدائته ابتدائيا واستئنافيا . فطعن فى الحكم بطريق النقض مستندا فيما استند إليه إلى عدم وجود نية الإضرار من جهته. ولكن محكمة النقض قضت برفض الطعن مقررة أن المادة ٣٧٨ (المقابلة للمادة ٣١٠ مصرى) جاءت بنص عام مطلق يعاقب على كل إفشاء لسر المهنة بدون اشتراط لنية الإضرار. وأن الشارع عندما فرض المحافظة على الأسرار كواجب من واجبات المهنة، فإنه قد رمى بذلك إلى تأكيد الثقة الواجبة فى ممارسة بعض المهن، وإلى ضمان راحة الأسر التى يمكن أن تودى بها الثقة الاضطرارية إلى الإباحة

بأسرارها . ولا يمكن تحقيق ممارسة هذه المهن إذا كان القانون يقتصر على عقاب الإفشاء الذى يرجع إلى سوء النية ، تاركا الإفشاءات الأخرى بغير عقاب. ولذلك فإن الجريمة تعتبر موجودة طالما أن الإفشاء يحصل عن علم بصرف النظر عن نية الإضرار^(١).

وينطبق هذا الحكم أيضا على الإفشاءات السلبية .
وقد استقر الفقه فى مصر على هذا المبدأ^(٢).

ومنى توافر القصد الجنائى العام على الوجه المتقدم بيانه، فلا عيرة بالبواعث أو الأغراض ، إفشاء السر لا يباح ولو كان الغرض منه درء مسئولية أدبية أو مدنية .

فإذا تعرض الطبيب لما يمس سمعته وينال من كرامته - كما رأينا - فليس له أن يذيع شيئا من الأسرار التى بلغته بحكم مهنته كطبيب ، إذ أن نص المادة ٣١٠ قد وضع لصالح عام فلا تبرر مصلحة شخصية الإفلات من حكمه. وإنما يكون فى مقدور الطبيب أن يرفع دعوى قذف وتعويض

(١) السين فى ١١ مارس ١٨٨٥ واستئنافه باريس فى ٥ مايو سنة ١٨٨٥ (سيرى ١٨٨٥ - ٢ - ١٢) وأسام النقض فى ١٩ ديسمبر ١٨٨٥ (سيرى ١٨٨٥ - ٢ - ١٢١) ودالوز (١٨٨٦ - ١ - ٣٤٧).

(٢) فائق الجوهري ص ٤٨٠ - حسن الإبراشي ص ٤٤٦ - المستشار محمد ماهر ص ١٠٩ - محمود محمود مصطفى ص ٣٤٢ - رعوف عبيد ص ٢٩٨ - محمود نجيب حسن ص ٦٦١.

ضد من عرض به بغير إفشاء لتلك الأسرار التي وقف عليها بوصفه طبيباً، وإذا سألته المحكمة تفصيلاً لدعواه أو مزيداً من معلومات فله أن يعتصم بسر المهنة^(١).

وقد ذهب البعض إلى أنه إذا استلزم الأمر بعض التفصيل فليكن ذلك في جلسة سرية أو غرفة المشورة أو في مذكرات^(٢).

غير أن البعض - بحق - لا يوافق على هذا الرأي لأن فيه إذاعة للسر على كل حال. وأن القاضي لاشك سيحمد للطبيب التزامه جانب الصمت، ويأخذ بأقواله إذا كانت الاستشارات والزيارات ثابتة في دفتر زيارته وكانت مطابقة لما جاء في عريضة دعواه^(٣).

وكذا إذا طالب الطبيب بأتعابه أمام القضاء، وكان القضاء له يحتاج إلى بعض التفاصيل فلا يجوز له الإفشاء بسر المريض.

ويرى البعض أنه لا يصح ذكر نوع المرض صراحة في أوراق الدعوى بل يكتفى بالإشارة الخفيفة التي يمكن أن يفهم منها القضية من بين السطور^(٤).

(١) بريان وشوديه في الطب الشرعي ج (٢) ص ٥٧٧ - محمود محمود مصطفى ص ٣٤٢ وما بعدها.

(٢) بريان وشوديه ص ٥٧٧ - المستشار محمد ماهر ص ١٠٩.

(٣) مانس ص ٢٤٢ وهامش (١) مشار إليه في فاتق الجوهري ص ٤٨١.

(٤) فاتق الجوهري ص ٤٨١.

وقد قضت محكمة هامبورج في ألمانيا بإدانة طبيب بتهمة إفشاء الأسرار لأنه قدم للمحكمة عن طريق محاميه في قضية أتعاب، رسائل كتبها له زوج امرأة كان يعالجها ، وكانت هذه الرسائل تحتوي على تفاصيل خاصة تتعلق بالزوجة . وقالت المحكمة في حيثيات حكمها إن نص المادة ٣٧٨ وضع لصالح عام ، فلا يجوز لطبيب في سبيل مصلحته المادية أو الشخصية أن يخالفه ولو كان حسن النية .

وقضت محكمة بروكسل كذلك في ٢٨ مارس ١٩٠٠ بإدانة طبيب كان يعالج مريضه الذي أظهر رغبته في إخفاء سر مرضه عن أبيه ، ولكن الطبيب في سبيل الحصول على أتعابه أفضى إلى الأب بمرض ابنه الذي كان يعالجه^(١).

ولكن لا يعد إفشاء السر ما يمكن أن ييديه الطبيب في صدد الدفاع عن نفسه عن وقائع تتعلق بالحالة المرضية للمريض الذي كان يعالجه ، إذا رفعت عليه دعوى نسب إليه فيها خطأ في العلاج الذي أجراه له . فإن حقه في دفع المسؤولية عن نفسه ، سواء من الناحية الجنائية أو المدنية ، يحله من التزامه بالمحافظة على السر . والطبيب هو صاحب الرأي في تقدير ذلك^(٢).

(١) مجلة concours méd س ١٩٠٠ ص ١١٤ .

(٢) جارسون م ٣٧٨ فقرة ١٣٦ ولا كاس في التزامات الطبيب طبعة ١٩٣٨ فقرة ٢٨٦ وتعليق دالوز على حكم محكمة اميان في ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ في -

ولا توافق قلة من الفقهاء على هذا الرأي بمقولة أن كتمان السر الطبي قد شرع لصالح عام تغيا الشارع من وراء فرضه ضرب حظر عام على الأسرار الطبية لايسوغ معه التحلل منها بدعوى درأ المسؤولية المدنية أو الجنائية، طالما أنه في مقدور الطبيب دفعا لهما أن يحتج بسر المهنة فحسب^(١).

٢٧٨- عقوبة الجريمة :

يعاقب على جريمة إفشاء سر المهنة الطبية بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرى. فلا يوقع على الجاني إلا إحدى هاتين العقوبتين فقط .

والحد الأدنى لعقوبة الحبس أربع وعشرين ساعة (١٨م عقوبات) والحد الأقصى لها ستة شهور .

=دالوز ١٩٠٢ - ٢- ٤٩٣- نقض جنائى فى ٢٣ مارس سنة ١٩١٦ (Jurs.)
Classeur . civil م ٨٢-١٣٨٣ المسؤولية الطبية رقم ٢٧٠) .

٢- جنح إميان فى ١٢ مارس ١٩٠٢ (دالوز ١٩٠٢ - ٢- ٤٩٣ ومجلة جمعية السجون س ١٩٠٢ ص ٥٥٧) .

(١) المستشار محمد ماهر ص ١١١ - جنح أميان فى ١٢ مارس ١٩٠٢ - منشور فى مجلة جمعية السجون ص ١٩٠٢ ص ٥٥٧ - حيث كان طبيب قد أجرى عملية لفتاة توفيت على إثرها فرفع والدها دعوى يطالب فيها الطبيب بتعويض لتسببه فى الوفاة ونسب إليه أنه ترك لفافة من القطن ببطن الفتاة ، فلما سئل الطبيب عن التهمة نفى ما عزى إليه ودفع بأن المادة ٣٧٨ عقوبات (٣١٠ مصرى) تحول دون ذكر إيضاحات ، وطلب من المحكمة أن تحكم له بالتعويض على المدعى لأنه شهر بسمعته فأجابته المحكمة إلى طلبه .

والحد الأدنى للغرامة مائة قرش (٢٢م عقوبات) والحد الأقصى لها خمسمائة جنيه .

ويجوز للمحكمة أن تأمر في نفس الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا رأت مسن أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون . ويجب أن تبين في الحكم أسباب إيقاف التنفيذ .

ويجوز أن يجعل الإيقاف شاملا لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية المترتبة على الحكم (٥٥م عقوبات) .

ويصدر الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائيا (١/٥٦م عقوبات) .
والجريمة جنحة دائما .

٢٧٩- تسبیب حکم الإدانة :

يتعين أن يتضمن حكم الإدانة بيانا واضحا للواقعة التي أفشاها المتهم والمهنة التي يمارسها (مهنة الطب) وفعل الإفشاء الذي صدر عنه . فبيان الواقعة يتيح لمحكمة النقض أن تتحقق من صفتها كسر ، وبيان المهنة يتيح لها أن تتحقق من الطبيعة المهنية للسرومن أن هذه المهنة هي إحدى المهن التي يلتزم أفرادها بكتمان السر . ولا تلتزم محكمة الموضوع بالتحدث عن القصد استقلالا . فإذا أثبتت أن الواقعة صفة السر افترض علم المتهم

بذلك، والأصل في فعل الإفشاء أنه إرادى، ولا تلزم المحكمة من باب أولى أن تتحدث عن البواعث إلى الجريمة . ولكن إذا دفع المتهم بانتفاء القصد لديه كان هذا الدفع جوهريا ، والتزمت المحكمة بالرد عليه ردا مدعما بالدليل ، وكذلك الحال إذا دفع بتوافر سبب للإباحة ^(١).

الحالات التى يجب أو يجوز فيها إفشاء سر المهنة الطبية

٢٨٠- تمهيد :

يسرى على إفشاء أسرار المهنة الطبية جميع أسباب الإباحة التى يعترف بها القانون ، ومن ثم فإن حالات إفشاء السرى كافة الحالات التى تتوافر فيها أسباب الإباحة ولكن لبعض هذه الحالات أهمية خاصة فى هذه الجريمة، أوى تثير بعض مشاكل تقتضى أن يوضع تنظيم خاص لها. ومن ثم نتناول أهم هذه الحالات فيما يلى .

٢٨١- الحالة الأولى :

تنفيذ أمر القانون أو استعمال حق يقرره :

رأينا أن المادة ٣١٠ عقوبات بعد أن جرت فى فقرتها الأولى إفشاء سر المهنة . أردفت فى فقرتها الثانية أنه لا تسرى أحكام هذه المادة إلا فى الأحوال التى لم يرخص فيها قانون بإفشاء أمور معينة .

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٦٣ - رءوف عبيد ص ٣٠٧ وما بعدها .

ويمكن إسناد هذه الإباحة إلى المادة ٦٠ من قانون العقوبات وإلى المبادئ العامة في القوانين التي تأتي أن يتناقض الشارع ، وهو ما يتحقق إذا ما عاقب على ما أمر أو رخص به . ووفقا للمبادئ العامة في القانون فإنه لا يشترط أن يتضمن تقرير هذا الأمر أو الحق نص في قانون العقوبات أو القوانين المكملة له بل يجوز أن يقرره نص في قانون غير جنائي، ويجوز أن يكون مصدره العرف أو المبادئ القانونية العامة، وسند ذلك أن النظام العام في الدول هو كل متسق فلا يجوز أن يكون ثمة تناقض بين أجزائه^(١). وعلى ذلك فإن النصوص التي تجيز أو توجب الإفشاء وردت في قوانين شتى . ونكتفي هنا بإيراد أمثلة لها . ومن بين ذلك .

٩- الإبلاغ عن المواليد :

أوجبت المادة ١٤ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل التبليغ عن المواليد خلال خمسة عشر يوما من تاريخ حدوث الولادة^(٢)، ويكون التبليغ على النموذج المعد لذلك إلى مكتب الصحة في الجهة التي حدثت فيها الولادة إذا وجد بها مكتب أو إلى الجهة الصحية في الجهات التي ليست بها مكاتب صحة أو إلى العمدة في غيرها من الجهات ، وذلك على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية ... الخ .

(١) عمود نجيب حسني ص ٦٦٤ .

(٢) وقد ورد هذا الالتزام في المادة ١٩ من القانونين رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن الأحوال المدنية .

وحددت المادة ١٥ من القانون الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الولادة بأنهم :

- ١- والد الطفل إذا كان حاضرا .
- ٢- والدة الطفل شريطة إثبات العلاقة الزوجية على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية .
- ٣- مديرو المستشفيات والمؤسسات العقابية ودور الحجر الصحى وغيرها من الأماكن التى تقع فيها الولادات .
- ٤- العمدة أو الشيخ .

كما يجوز قبول التبليغ ممن حضر الولادة من الأقارب والأصهار البالغين حتى الدرجة الثانية على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية . ويسأل عن عدم التبليغ فى المواعيد المقررة المكلفون به بالعتريب السابق، ولا يجوز قبول التبليغ من غير الأشخاص السابق ذكرهم ... إلخ^(١).

(١) وكانت المادة (٢٠) من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الأحوال المدنية تحدد الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الولادة كالآتى :

- ١- والد الطفل إذا كان حاضرا .
 - ٢- والدة الطفل شريطة إثبات العلاقة الزوجية على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية .
 - ٣- مديرو المستشفيات والمؤسسات العقابية ودور الحجر الصحى وغيرها من الأماكن التى تقع فيها الولادات .
- كما يجوز قبول التبليغ ممن حضر الولادة من الأقارب والأصهار البالغين حتى الدرجة الثانية على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية .

وقد رصدت المادة (٢٣) من القانون عقوبة على مخالفة أحكام المادتين
سالفتي الذكر هي الغرامة التي لا تقل عن عشرة جنيهاً ولا تتجاوز مائة
جنيه .

ووضح من المادة (١٥) أن مدير المستشفى لا يلتزم بالتبليغ عن الميلاد
إلا في حالة عدم وجود الأب والأم أو كانت الأم حاضرة ولم تثبت
العلاقة الزوجية على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية .
فإذا قام مدير المستشفى بالإبلاغ على هذا النحو فإنه لا يرتكب جريمة
إفشاء سر المهنة .

٢- الإبلاغ عن الوفيات :

ينظم الإبلاغ عن الوفيات القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن
الأحوال المدنية .

فأوجبت المادة ٣٥ من القانون التبليغ عن الوفيات إلى مكتب الصحة
في الجهة التي حدثت فيها الوفاة أو إلى الجهات الصحية التي يحددها وزير
الصحة بقرار منه في الجهات التي ليس بها مكاتب صحة ، أو إلى العمدة
أو الشيخ في غيرها من الجهات ، وذلك خلال ٢٤ ساعة من تاريخ الوفاة
أو ثبوتها ... الخ .

حويسأل عن عدم التبليغ في المواعيد المقررة المكلفون به بالترتيب السابق،
ولا يجوز قبول التبليغ من غير الأشخاص السابق ذكرهم ... الخ .

وحددت المادة ٣٦ الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الوفاة على الترتيب وهم :

- ١- أصول أو فروع أو أزواج المتوفى .
 - ٢- من حضر الوفاة من أقارب المتوفى البالغين .
 - ٣- من يقطن في مسكن واحد مع المتوفى من الأشخاص البالغين .
 - ٤- الطبيب المكلف بإثبات الوفاة .
 - ٥- صاحب المحل أو مديره أو الشخص القائم بإدارته إذا حدثت الوفاة في مستشفى أو عيادة خاصة أو ملجأ أو فندق أو مدرسة أو مؤسسة عقابية أو ريان السفينة أو قائد الطائرة أو المشرف على وسيلة السفر أو أى محل آخر .
- ولا يقبل التبليغ من غير المكلفين به .
- وقد رصدت المادة (٦٦) من القانون عقوبة على مخالفة حكم المادة (٣٥) سالفه الذكر هى الغرامة التى لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على مائتى جنيه .
- وواضح أن الطبيب المكلف بإثبات الوفاة لا يلزم بالتبليغ عن الوفاة إلا عند عدم وجود أحد ممن يسبقونه فى الترتيب الموارد بالمادة (٣٦) سالفه الذكر، وكذا مدير المستشفى أو الشخص القائم بإدارته ، وهو تال فى الترتيب للطبيب المكلف بإثبات الوفاة .

٣-الإبلاغ عن الأمراض المعدية :

تنص المادة الأولى من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٥٨ (المعدل) في شأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض المعدية على أن :

" يعتبر مرضا معديا كل مرض من الأمراض الواردة بالجدول الملحق بهذا القانون ولوزير الصحة العمومية - بقرار منه - أن يعدل في هذا الجدول بالإضافة أو الحذف أو بالنقل من قسم إلى آخر من أقسام الجدول".
وتنص المادة ١٢ على أنه " إذا أصيب شخص أو اشتبه في إصابته بأحد الأمراض المعدية وجب الإبلاغ عنه فورا إلى طبيب الصحة المختص.

أما في الجهات التي ليس بها طبيب صحة فيكون الإبلاغ للسلطة الإدارية التي يقع في دئوتها عل إقامة المريض " .

وتنص المادة ١٣ على أن : "المستولون عن التبليغ المشار إليه بالمادة السابقة هم على الترتيب الآتي :

(أ) كل طبيب شاهد الحالة .

(ب) رب أسرة المريض أو من يعوله أو يأويه أو من يقوم على خدمته.

(ج) القوائم بإدارة العمل أو المؤسسة أو قائد وسيلة النقل إذا ظهر

المرض أو اشتبه فيه أثناء وجود المريض في مكان منها .

(د) العمدة أو الشيخ أو ممثل الجهة الإدارية .

ويجب الخ " .

وقد رصدت المادة (٢٥) من القانون عقوبة على مخالفة المادتين سالفتي الذكر هي الغرامة التي لا تقل عن جنيه ولا تتجاوز عشرة جنيهات أو بالحبس لمدة شهر فإذا كان المرض من القسم الأول تكون العقوبة غرامة لا تقل عن خمسين جنيهًا ولا تتجاوز مائة جنيه أو الحبس مدة شهرين . وذلك مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضى بها قانون العقوبات أو أى قانون آخر.

٤- الإبلاغ عن الأمراض الزهرية :

تنص المادة الأولى من القانون رقم ١٥٨ لسنة ١٩٥٠ بمكافحة الأمراض الزهرية على أن : " يقصد بالأمراض الزهرية في تطبيق هذا القانون الزهرى في أدواره المعدية والسليلان والقرحة الرخوة في أى جزء من أجزاء الإنسان". وتنص المادة الثانية على أن : "يجب على كل من علم بإصابته بأحد الأمراض الزهرية أن يعالج نفسه لدى طبيب مرخص له بمزاولة المهنة " . وتنص المادة الثالثة على أن : " إذا غير المريض الطبيب المعالج وجب عليه إخطاره بذلك وعليه أن يبلغ الطبيب الجديد عن اسم الطبيب السابق". وتنص المادة الرابعة على أن : "على الطبيب المعالج أن يحتفظ لديه بسجل يدون فيه بخط يده أسماء المصابين بأحد الأمراض الزهرية وصناعتهم وعنوانهم ونوع المرض ودرجته وتاريخ بدء العلاج ونوعه ونتيجة العلاج ويكون لكل مريض رقم سرى ويجب ختم هذا السجل بخاتم مكتب صحة الجهة

وترقيمها منه . ويكون لمفتش صحة المحافظة أو المديرية في كل وقت الاطلاع على هذا السجل بحضور الطبيب " .

وتنص المادة الخامسة على أن : " على كل طبيب أن يبلغ تفتيش صحة المحافظة أو المديرية في نهاية كل شهر عن عدد الأشخاص الذين تقدموا إليه للمعالجة في خلال الشهر ووجدوا مصابين بأحد الأمراض الزهرية مع بيان الأرقام السرية المعطاة لكل منهم في السجل وذلك على الاستمارات التي تضعها وزارة الصحة العمومية لهذا الغرض .

وتقيد هذه التبليغات في دفتر خاص بمكاتب التفتيش " .

وتنص المادة الثامنة على أن : " تقوم المؤسسات العلاجية الآتية التابعة للحكومة أو مجالس المديريات أو المجالس البلدية بعلاج الأمراض الزهرية على نفقة الدولة لكل منها في نطاق عملها .

(أ) عيادات ومستشفيات الأمراض الجلدية والزهرية .

(ب) مستشفيات الأمراض العقلية .

(ج) المستشفيات العمومية والمركزية .

(د) العيادات الخارجية .

(هـ) مستشفيات أمراض النساء والولادة (للحوامل والمرضعات) .

(و) مراكز رعاية الطفل (للحوامل والأطفال) .

(ح) مستشفيات الرمد (لأمراض العين) .

ولوزير الصحة العمومية بقرار يصدره أن يضيف إليها مؤسسات علاجية أخرى .

ويجب على رؤساء هذه المؤسسات اتباع أحكام المادتين (٤ ، ٥) فيما يتعلق بالقيود والتبليغ " :

وقد رصدت الفقرة الثانية من المادة (١٣) عقوبة عدم إبلاغ الأطباء ورؤساء المؤسسات العلاجية سالفة الذكر وهي الغرامة التي لا تتجاوز عشرة جنيهات .

ولا تخل أحكام القانون بما يقضى به قانون العقوبات أو أى قانون آخر من عقوبات أشد كما لا تخل بالمحاكمات التأديبية (م ١٤) .

وعلى ذلك فإن الطبيب أو رئيس المؤسسة العلاجية إذا قام بالإبلاغ عن الإصابة بأحد الأمراض الزهرية، فإنه لا يعد مفشياً لسر المهنة .

غير أنه ينبغي على الطبيب فى الحالات الأربع السابقة ، أن يقصر إبلاغه على جهة الاختصاص، فلا يباح له إفشاء السر إلى غير تلك الجهة، وإلا كان مرتكباً لجرمة إفشاء سر المهنة .

٢٨٢- الحالة الثانية :

الإبلاغ عن الجرائم :

تنص المادة ٦٦ من قانون الإثبات على أن :

" لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة ... إلخ -" والثابت أن المادة ٣١٠ من قانون العقوبات قد أحالت على تلك المادة .

ونص المسادة ٦٦ لاينصرف إلى ما نصت عليه المادة ٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية التى تجرى على أن : " لكل من علم بوقوع جريمة ، يجوز للنياية العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب، أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأمورى الضبط القضائى بها " .

ذلك أن هذه المادة غير مشار إليها- ولا إلى ماكان يقابلها فى القانون القديم- فى المادة ٣١٠ عقوبات ، فضلا عن أنها لم تتضمن أى جزاء على عدم الإبلاغ ومن ثم فإن تنفيذ مقتضى خطاب الشارع لايعدو أن يكون أمرا مندوبا فحسب ، ولايرقى إلى مرتبة الإلزام . وبالتالي فإن الطبيب لايعد ملزما قانونا بالإبلاغ عن الجرائم فإذا علم الطبيب عن طريق مهنته بوقوع جريمة، لايجوز له الإبلاغ عنها وإلا كان مفشيا لسر مهنته. فإن أبلغ وجب عقابه. ولايجوز للنياية العامة مباشرة إجراء التحقيق فيها . فليس للطبيب الذى يدعى إلى عيادة مصاب أن يبلغ عن إصابته، ولو اتصلت بجناية

سواء أكان فيها جانبا أم مجنبا عليه . وإذا دعى طبيب إلى معالجة سيدة فعلم أن مرضها ناشئ عن إجهاض، فلا يجوز له الإبلاغ عن ذلك^(١).

وقد ذهب البعض إلى أنه يجوز للطبيب أن يكشف عن الجرائم التي تكون قد ارتكبت ضد المريض نفسه، كما لو عذب طفل أو هتك عرضه، وذلك على اعتبار أن هذا النص قد وضع أصلا لمصلحة المريض^(٢).

غير أنه استثناء من عدم إفشاء السر ، أجازت المادة ٦٦ من قانون الإثبات - التي أحالت إليها المادة ٣١٠ عقوبات - للطبيب أن يبلغ السلطات عما وصل إليه من المريض من معلومات إذا كان ذكر هذه المعلومات له مقصودا به "ارتكاب جناية أو جنحة" فقط. ومثال ذلك أن يتوجه شخص إلى طبيب ليسترشد برأيه في إسقاط حمل، وطلب منه المساعدة على ذلك^(٣). وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بتاريخ ١٩٣٣/١٢/٢٧ في الطعن رقم ١٩٩٩ لسنة ٣ ق بأن :

" إذا استطلع أحد المتهمين رأى محاميه في ارتكاب جريمة وهي الاتفاق مع أحد الشهود على أن يشهد زورا فهذا الأمر ولو أنه سر علم به

(١) فائق الجوهري ص ٤٩٣ - حسن زكي الإبراشي ص ٤٤٦ - رعوف عبيد ص ٣٠٢ - محمود محمود مصطفى ص ٣٤٥.

(٢) حسن زكي الإبراشي ص ٤٤٧ - راجع أيضا فائق الجوهري ص ٤٩٥ .

(٣) فائق الجوهري ص ٤٩٤ - حسن زكي الإبراشي ص ٤٤٦ - محمود محمود مصطفى ص ٣٤٤ وما بعدها .

المحامي بسبب مهنته إلا أن من حقه بل من واجبه أن يفشيه لمنع وقوع الجريمة وفقاً للمادة ٢٠٥ مرافعات فإذا أخذت المحكمة بمعلومات المحامي عن تلك الواقعة واستندت إليها في التدليل على أن المتهم موكله كان يسعى في تليفق شهادة فلا يمكن إسناد الخطأ إليها في ذلك " .

أما إذا كانت هناك جريمة وقعت بالفعل فلا يجوز للطبيب الإفشاء بالسر بأية حال إلا إذا كان القانون يلزمه بالإبلاغ رعاية لمصلحة عامة .

والحكمة من ذلك واضحة ، وهي رغبة الشارع في أن تبلغ السلطات العامة بالجناية أو الجنحة قبل وقوعها للمبادرة بمنعها .

وقد جعل ذلك جوازيًا متروكًا لتقدير الطبيب الأمين على السر وحده .

غير أنه يشترط أن يكون الإبلاغ للجهة المختصة ، فإذا أفضى الطبيب بالسر خارجها ، كان الفعل مستوجباً للعقاب .

٢٨٣- الحالة الثالثة :

طبيب شركة التأمين :

عندما يقدم طلب لإحدى شركات التأمين على الحياة ، فإنه لا يبت فيه إلا بعد إجراء كشف طبي دقيق على الطالب بمعرفة الطبيب الذي تنتدبه الشركة ، وعلى ضوء التقرير الذي يقدمه يصدر قرار الشركة بقبول الطلب أو رفضه .

والطبيب الكشاف في هذه الحالة لا يعتبر وسيطا بين الطالب والشركة، وإنما يعتبر ممثلا للشركة أو خبيرا لها ويعتبر عمله جزءا من عملها ، ويستتبع ذلك أن تقدم التقرير الطبي إلى الشركة لا يعتبر منه إفشاء لسر من أسرار مهنته على أنه لا يجوز للطبيب أن يذكر للغير شيئا مما تضمنه التقرير المقدم ولو كان ذلك الغير من الورثة .

وإذا كان هذا الطبيب قد سبق علمه بوجود مرض لدى طالب التأمين ولكنه لم يترك علامات تدل عليه، فإنه لا يجوز له ذكر هذا المرض لأنه بذلك يكون قد أفشى سرا وصل إليه بحكم مهنته^(١).

وليس للطبيب الذى يستدعى للكشف على جثة ، أن يعطى شهادة بتنتيجة الفحص لشركة التأمين ، وإن كان له أن يعطيها للورثة^(٢).

٢٨٤- الحالة الرابعة :

الشهادة أمام القضاء :

أداء الشهادة أمام النيابة العامة والقضاء واجب على كل شخص خدمة للعدالة، ويفرض القانون على كل شخص الالتزام بأداء الشهادة، إذا كلف بذلك تكليفا صحيحا ، ويقرر توقيع العقاب عليه إذا تخلف عن الحضور أو حضر وامتنع بغير مبرر قانونى عن الإدلاء بشهادته (المواد ٧٨ ، ٨٠ من

(١) فائق الجوهري ص ٥٠٢ .

(٢) حسن زكى الإبراشي ص ٤٤٥ .

قانون الإثبات، ١١٩، ٢٠٨، ٢٧٩، ٢٠٨، ٢٨٤ من قانون الإجراءات الجنائية) - وقد نصت المادة ٨٠ من قانون الإثبات على أنه : " إذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانوني عن أداء اليمين أو عن الإجابة حكم عليه طبقاً للأوضاع المتقدمة بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه " . وقد نصت المادة ٢٨٤ من قانون الإجراءات الجنائية على أن : " إذا امتنع الشاهد عن أداء اليمين أو عمن الإجابة في غير الأحوال التي يجيزه القانون فيها ذلك ، حكم عليه في مواد المخالفات بغرامة لا تزيد على عشرة جنيهات وفي الجنب والجنبايات بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه الخ " .

وقد رأينا سلفاً أن الفقرة الأولى من المادة ٣١٠ عقوبات بعد أن حرمت إفشاء سر المهنة ، أردفت في الفقرة الثانية على ألا تسرى أحكامها إلا في الأحوال التي لم يرخص فيها قانون بإفشاء أمور معينة كالمقرر في المواد ٢٠٢ و ٢٠٣ و ٢٠٤ و ٢٠٥ من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية . وهذه المواد المشار إليها قد حل محلها الآن المادتان ٦٥ ، ٦٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية . وتنص المادة ٦٦ على أنه : " لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو معلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكره له مقصوداً به ارتكاب جنائية أو جنحة .

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم".

فقد حظرت المادة على الأطباء إفشاء سر من أسرار مهنته - بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا - وأن يؤدى الشهادة عليه ، إلا أنها أباحته له استثناء الإدلاء بالشهادة وإفشاء هذا السر إذا طلب ذلك من أسرها إليه .

وإذا لم يطلب صاحب السر الإدلاء بالشهادة، فلا تستطيع المحكمة أن تلزم الطبيب بالإفشاء بسر من أسرار مهنته، ولا يجوز لها أن تقضى بالعقاب الذى يرصده القانون لمن يمتنع عن الإدلاء بالشهادة .

ويترتب على هذا الخطر أنه إذا أدى الطبيب الشهادة دون طلب من أسرها إليه كانت شهادته إفشاء للسر وعوقب وفقا للمادة ٣١٠ عقوبات، وكانت شهادته أيضا باطلة فلا تصلح دليلا قانونيا لأنها جرمية فى ذاتها، ويعد قاصرا الحكم الذى يعتمد عليها وحدها^(١).

ويلاحظ أن الاستناد إلى دليل باطل فى المواد الجنائية يطل الحكم ولو توافرت أدلة أخرى للإدانة لأن القاعدة فيها أن الأدلة متساندة بحيث إذا

(١) حسن الإبراشى ص ٤٣٩ - محمود نجيب حسنى ص ٦٧١ - أحمد نشأت رسالة الإثبات الجزء الأول ١٩٧٢ ص ٥٦٩.

سقط أحدها أو استبعد تعين بطلان الحكم متى تعذر التعرف على مبلغ الأثر الذى كان له فى رأى الذى انتهت إليه المحكمة.

غير أنه إذا كان الدليل الباطل ليس من شأنه أن يؤثر فى عقيدة محكمة الموضوع لوانها كانت فطنت إلى فساده أو بطلانه . فإن مثل هذا الدليل الباطل قد لا ينقص من قوة الأدلة الأخرى متى تبين من ظروف الواقعة وطريقة التدليل ذاتها أنها تكفى، بذاتها وبما بينها من تساند وتماسك لمماريته الحكم عليها من نتائج منطقية^(١) .

غير أنه إذا كان الحكم صادرا بالبراءة ، فإن مشروعية دليل البراءة ليست بشرط واجب .

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" من المقرر أنه وإن كان يشترط فى دليل الإدانة أن يكون مشروعاً إذ لا يجوز أن تبين إدانة صحيحة على دليل باطل فى القانون ، إلا أنه المشروعية ليست بشرط واجب فى دليل البراءة ، ذلك بأنه من المبادئ الأساسية فى الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يحكم بإدائته بحكم نهائى وأنه إلى أن يصدر هذا الحكم له الحرية الكاملة فى اختيار وسائل

(١) رءوف عبيد فى جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ص ٣٠٦ وفى المشكلات العملية الهامة فى الإجراءات الجنائية الجزء الثانى الطبعة الثانية ص ٦٦٩ وما بعدها- الدكتور مأمون سلامة قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض ١٩٨٠ ص ٩٢٩ وما بعدها .

دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه في الدعوى ما تحيط نفسه من عوامل الخوف والحرص والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية ، وقد قام على هدى هذه المبادئ حق المتهم في الدفاع عن نفسه وأصبح حقا مقدسا يعلو على حقوق الهيئة الاجتماعية التي لا يضرها تبرئة مذنّب بقدر ما يؤذيها ويؤذي العدالة معا إدانة بريء " .

(طعن رقم ١١٧٢ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٦٧/١/٣١)

والراجح أنه يجب على الطبيب أن يبدى المانع قبل أدائه اليمين لأن موقفه يكون متناقضا إذا حلف اليمين ثم امتنع عن الشهادة^(١). ولا محل للحظر السابق حيث يكون الطبيب ملتزما بالتبليغ أو جائزا له ذلك .

غير أنه يجب على الطبيب أن يحضر أمام المحكمة إذا كلف بالحضور على الوجه القانوني وإلا تعرض لعقوبة الشاهد المتخلف ، وبعد ذلك يبدى المانع من أداء الشهادة وللمحكمة الرأي الفصل في تقدير هذا المانع وتقدير ما إذا كانت المعلومات التي يطلب منه إبدائها تعتبر من أسرار المهنة التي أراد القانون حمايتها بالمادة ٣١٠ عقوبات، فإن رأت ألا مسوغ لامتناعه ألزمته بالشهادة^(٢).

(١) محمود نجيب حسن ص ٦٧١ - فائق الجوهري ص ٥١١ .

(٢) حسن الإبراشي ص ٤٣٨ .

٢٨٥- الحالة الخامسة :

أعمال الخبرة :

إذا لم يكن للأطباء أن يشهدوا شفوياً أمام القضاء عن وقائع تعتبر من أسرار مهنتهم ، إلا أن الخبير الذى ينتدبه القضاء يستفيد من سبب إباحة إذا ضمن تقريره إليه الوقائع التى علم بها وكانت متعلقة بالموضوع الذى طلب منه دراسته وإبداء الرأى فيه، ومن ثم لا يخضع تحت طائلة العقاب، وإنما يشترط لذلك شرطان :

الأول: أن يقدم الطبيب التقرير للمحكمة التى ندبته وحدها، فإن قدم تقريره إلى سواها ارتكب جريمة إفشاء السر .

الثانى : أن يكون الطبيب قد عمل داخل الحدود التى رسمتها المحكمة. فإذا ضمن الطبيب تقريره معلومات خارج عن موضوع ندبه، فقد ارتكب جريمة إفشاء السر . فإذا انتدبت المحكمة طبيباً لفحص الحالة العقلية للمتهم تعيين عليه أن يقصر تقريره على خلاصة فحصه لهذه الحالة . فإذا كان المتهم قد أفضى إليه باعترافه بالجريمة - سواء أكان حينذاك مفقاً وكان إفضاؤه بذلك ثقة منه فيه أم كان تحت تأثير عقار أعطاه له ليختبر حالته - فإنه يحظر على الخبير أن يضمن تقريره هذا الاعتراف .

وسبب توافر الإباحة عند تحقق هذين الشرطين أن الخبير يعتبر ممثلاً للمحكمة وعمله جزء لا يتجزأ من عملها ، فهى لاتستعين بالخبير إلا لأن

تحقيق هذه الوقائع يتطلب دراية فنية لاتتوافر لها ، ولولا ذلك لكانت قد حققتها بنفسها . وعلى ذلك إذا أفضى الخبير بالسر إلى المحكمة فهو لايفضى به إلى الغير بل إلى نفسه وإذا كانت المسئولية عن حفظ السر قد دعت إليها ضرورة بعث الثقة في نفس المريض لكي يفضى إلى طبيبه بكل المعلومات التي تفيد في علاجه فإن هذه الحكمة منتفية بالنسبة للطبيب الذى تعينه المحكمة لفحص المريض وتقديم تقرير عن حالته^(١).

وقد عرضت حالة من هذا النوع أمام القضاء المصرى احتاط فيها الطبيب خشية المسئولية إلى حد جاوز الضرورة ، ذلك أنه انتدب لتوقيع الكشف الطبى على شيخ مسجود مسن لتهم بالفسق بطفل لم يتجاوز عمره الرابعة عشرة. وقد وجد الطبيب أن الطفل خاليا من علامات عنف حول الشرج أو يجسمه ، كما وجد ملابسه خالية من البقع المنوية. واتضح له من الكشف على المتهم أنه مصاب بسيلان حاد. ولم يجد أثرا عند الغلام لهذا المرض، فانتظر أسبوعا ريثما يتم المرض دور حضائته إذا كانت قد انتقلت عدواه إلى الغلام، وفحصه مرة أخرى فلم يجد به أثرا للمرض. فاستنتج من ذلك أن المتهم برئ من تهمة الفسق بالغلام . لأنه لو فسق به لأصابته عدوى المرض. ولكن الطبيب خشى أن يذكر ذلك صراحة

(١) حسن الإبراشى ص ٤٤٣ - الذكورة آمال عثمان الخيرة فى المسائل الجنائية دار النهضة العربية ص ٣٣٠ وما بعدها .

فيكون قد أفشى سرا لم يصل إليه إلا بحكم مهنته ، وخشى في الوقت نفسه ألا يذكره فيودى ذلك إلى إدانة المتهم في جريمة هو برئ منها. وأخيرا تخلص من الحرج بأن ذكر أن المتهم مصاب بالتهاب في مجرى البول تنتقل عدواه بالملامسة، ولكن الغلام المجنى عليه لم تنتقل إليه العدوى بهذا المرض^(١). ولكنه على الرغم من هذا التحفظ فإن الطبيب يعتبر قد أباح بسر من أسرار مهنته إلا أن الإباحة جائزة حتى إذا ذكر مرض المتهم الحقيقي، لأنه يعتبر في هذه الحالة كما قلنا ممثلا للمحكمة ولم يخرج عن الحدود التي رسمتها له .

غير أنه يراعى أنه يجوز للطبيب في هذه الحالة أن يشهد شفاهة أمام المحكمة فيما أورده بتقريره دون أن يكون مفشيا لسر مهنته .

وما يصدق على الخبير الذي يتدبه القضاء يصدق كذلك على الخبير الذي تستدبه الإدارة العامة كما لو انتدبت إحدى المصالح العامة طبيبا ليفحص المتقدمين لشغل وظيفة فيها أو ليفحص موظفا ليقرر مدى حاجته إلى إجازة من عمله أو موظفا أصيب أثناء العمل ليحدد مدى استحقاقه للتعويض، فلا يعتبر التقرير الذي يقدمه إلى الإدارة إفشاء لسر، وسند الإباحة هو ذات سندها في حالة الخبير المنتدب من قبل القضاء^(٢).

(١) مشار إليه في مؤلف فائق الجوهري ص ٥١٤ .

(٢) محمود نجيب حسني ص ٦٧٢ وما بعدها .

٢٨٦. الحالة السادسة :

رضاء المجنى عليه :

يرى بعض الفقهاء أن تحريم إفشاء السر الذى نصت عليه المادة ٣١٠ عقوبات هو من مسائل النظام العام. فلا يصح أن يكون إذن صاحب السر بالإفشاء سببا في إباحتة . هذا فضلا عن أن صاحب السر لا يدرك ماهيته ولا مداه ، فقد يكون مجهولا منه كله أو بعضه ، مع أن المريض لو عرفه لما فكر أن يرخص بإفشائه^(١).

غير أن رأى الذى اعتنقه أغلب الفقهاء هو أن لصاحب السر أن يبيع للطبيب إفشاء ما دام هو صاحب المصلحة الأولى في الكتمان وما دام في استطاعته أن يذيع بنفسه ما حظر على الطبيب إذاعته، والأطباء لا يتعرضون في ذلك لأن يفقدوا ثقة مرضاهم مادامت إذاعة السر معقودة برضاهم^(٢). وبهذا رأى جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية^(٣).

وقد أخذ به الشارع المصرى فبعد أن حظر في المادة ٦٦ من قانون الإثبات على من علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعتهم بواقعة أو معلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته

(١) جـارو جزئه ص ٢٠٦٨ - جرينول في ٢٣ أغسطس سنة ١٩٢٨ (موسوعة دالوز تحت temion رقم ٤٩ ونقض جنائي في ١١ مايو سنة ١٨٤٤ (سرى ١٨٤٤ - ١ - ٥٢٧).

(٢) جارسون م ٣٧٨ ن ٧٨ - اسمان في سرى ١٩٠١ - ١ - ١٦١ .

(٣) نقض ١٩١٤/٥/٢٦ سرى ١٩١٩/١٨ - ١ - ٩ - نقض ١٩١٤/٧/١٦ سرى ١٩١٩/١٨ - ١ - ١٢ .

أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جنائية أو جنحة ،
أردف في الفقرة الثانية أنه يجب عليهم أن يؤدوا الشهادة عن هذه الأمور
حتى طلب ذلك من أسرها إليهم . ما دام في استطاعة صاحب السر أن يذيع
ما حذر على الطبيب ، فله أن يرفع عنه هذا الحظر .

ويرى غالبية الشراح أن هذا الحكم ليس قاصرا على الشهادة وحدها
وإنما يقرر مبدأ عاما يسوغ لهم الإفضاء بالسر في جميع الأحوال^(١).

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بتاريخ ١٩٥٣/٧/٢
في الطعن رقم ٨٨٤ لسنة ٢٢ ق بأن :

" إن الأصل في أداء الشهادة أمام القضاء عند استجماع شرائطها أنه
واجب يقتضيه الوصول إلى تعرف وجه الحق في المنازعات وفي ثبوت
الاثام أو نفيه ، ولا يعفى الشاهد من الإدلاء بكل ما يعلم ويكتم منه إلا
في الأحوال الخاصة التي بينها القانون، ومنها حظر الشهادة إفشاء لسر من
أسرار المهنة المنصوص عليه في المادة ٢٠٧ من قانون المرافعات ، ما لم
يطلب من أسره إليه إفشاءه ، فيجب على الشاهد عندئذ أداء الشهادة
عملا بالمادة ٢٠٨ من ذلك القانون الذي يدل نصها على أن تحريم الشهادة
في هذه الحالة ليس تحريما مطلقا ... إلخ " .

والإذن بالإفشاء حتى شخصي بحسب لصاحب السر، فلا يعتد بالإذن
الصادر من الزوج للطبيب بإفشاء مرض زوجته ولا بتصريح المخلوم بذكر

(١) فائق الجوهري ص ٤٩٧ - محمود نجيب حسني ص ٦٦٧ - محمود محمود مصطفى

مرض مخادمه . ولكن يجوز لولى النفس على المريض - إذا لم يكن بالغاً - أن يضرع بالإفشاء^(١).

ويذهب رأى في الفقه إلى أنه إذا مات صاحب السر فلا ينتقل الإذن بالإفشاء إلى ورثته لأن سر المهنة يحمى ذكرى الموتى ، فلا يحق للطبيب أن يذيع سرا اعتمادا على تصريح الورثة بذلك^(٢).

غير أن رأيا آخر - نؤيده - يذهب إلى أن السر يكون حقا ماليا فينبغى أن ينتقل إلى الورثة بانتقال موضوعه إليهم ، ثم أنه قد تكون لهم مصلحة مشروعة في إبلاغ سر المورث إلى شخص أو هيئة كما لو أرادوا الحصول على شهادة طبية بأن المورث كان ضعيف العقل وقت الإيصاء كى يحصلوا على حكم بطلان وصيته^(٣).

والإذن بالإفشاء ليس مقتضاه إلزام الطبيب به ، بل إن الأمر مرجعه في النهاية إلى تقدير هذا الأخير ، وموازنته بين مبررات الإفشاء والكتمان بغير تثريب عليه إذا اختار أحد السيلين دون الآخر^(٤)، إلا أن يكون العقد المبرم بين الطبيب والمريض قد تضمن التزاما على الطبيب بالإفشاء^(٥).

(١) المستشار محمد ماهر ص ١٢٤ .

(٢) رعوف عبيد ص ٣٠٥ .

(٣) محمود نجيب حسنى ٦٦٩ - فائق الجوهري ص ٤٩٩ - محمود محمود مصطفى ص ٣٤٧ .

(٤) رعوف عبيد ص ٣٠٥ - حسن الإبراشي ص ٤٢٩ - محمود نجيب حسنى ص ٦٦٨ .

(٥) محمود نجيب حسنى ص ٦٦٨ .

ولا ينتج الإذن بالإفشاء أثره كسبب إباحة إلا إذا صدر عن صاحب السر نفسه ، ولا تقتصر القاعدة على حالة ما إذا كان صاحب السر هو الذى أودعه ، ولكنها تشمل حالة ما إذا أودعه لديه شخص آخر . كما تشمل حالة ما إذا كان صاحب المهنة قد علم بالسر عن طريق خبرته الفنية . وتطبيقا لذلك إذا أودعت الزوجة لدى الطبيب سرا لزوجها فإن الرضاء بإفشائه يجب أن يصدر من الزوج ، فلا عبرة برضاء الزوجة . ولا يشترط أن يطلب المريض نفسه من الطبيب إفشاء السر بل يجوز طلب ذلك بواسطة غيره .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية بأن :

" لاعتقاب بمقتضى المادة ٣١٠ من قانون العقوبات على إفشاء السر إذا كان لم يحصل إلا بناء على طلب مستودع السر ، فإذا كان المريض هو الذى طلب بواسطة زوجه شهادة عن مرضه من الطبيب المعالج ، فلا يكون فى إعطاء هذه الشهادة سر معاقب عليه " .

(طعن رقم ١٨٣٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١٢/٩/١٩٤٠)

ويشترط فى الإذن بالإفشاء أن يصدر عن إرادة حرة وإدراكه ، فلا يعتد بإذن صادر من مجنون أو من صغير غير مميز ، بل ينبغى عندئذ صدوره ممن له ولاية النفس لا ولاية المال .

ويشترط أن يصدر الإذن عن بيئة ، ولذلك تشككت المحاكم في اعتبار ترخيص المؤمن لطبيبه بأن يبيع للشركة أسباب وفاته لتعلق ذلك بأمر مستقبل لا يمكن أن يكون العلم به حاصلا وقت الترخيص^(١). والرضا يكون صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا . وإذا كان الرضا صريحا فإنه لا يشترط أن يكون كتابيا .

ومن أمثلة الرضا الضمني، أن تكون الزوجة قد صحبت زوجها في زيارتها للطبيب ، فذلك رضا ضمني من الزوج بأن يفضى الطبيب بسر مرضه إلى زوجته ، وما جرى به العرف في مصر من اصطحاب المريض لبعض ذوي قرياه أو نفر من أصدقائه إبان زيارته للطبيب ، مما ينم دلالة عن رضائه باطلاعهم على حقيقة مرضه ، ولا جناح على الطبيب في مثل هذه الظروف من الخوض فيما وقف عليه من حالة المريض الصحية على مسمع منهم مادام صاحب الشأن نفسه قد صحبتهم في معيته أثناء هذا الفحص^(٢).

ولكن لا يجوز افتراض صدور الإذن فإذا فحص الطبيب رجلا يرغب في الزواج فلا يجوز افتراض رضائه بإبلاغ نتيجة الفحص إلى الفتاة التي يرغب في الزواج منها أو إلى عائلتها .

(١) ليون في ١٦ يونية سنة ١٩٠٩ (دالوز ١٩١٠ - ٢ - ١٢٣) - دويه في ٢٨

أبريل سنة ١٩١٣ (دالوز ١٩١٩ - ١ - ٥٦) .

(٢) المستشار محمد ماهر ص ٢٤ .

وإذا تعدد أصحاب السر تعين أن يصدر الرضاء منهم جميعا، ومن ثم فلا عورة برضاء صدر عن أحدهم أو بعضهم . وتطبيقا لذلك فإنه إذا عالج طبيب زوجين من مرض تناسلى فلا يجوز له أن يفشى سرهما إلا برضاها معا ^(١).

٢٨٧- الحالة السابعة :

حالة الضرورة :

اختلف الفقهاء حول حق الطبيب في إفشاء السر في حالة الضرورة ، وقد أثير ذلك بصفة خاصة بصدد العلوى ببعض الأمراض التى لم يوجب القانون التبليغ بشأنها أو أوجبه ولم ينص على تبليغه لمن يمكن أن يصاب بالعلوى منها ، لا سيما في المحيط العائلى . كما إذا أتاحت لطبيب فرصة فحص أحد الخاطبين فوجده مصابا بالزهرى ، فهل يلزم بكتمان هذا الأمر على الطرف الآخر مع ما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة بالنسبة لحياة الأسرة المستقبلية ؟

فذهب رأى إلى أن نص المادة ٣١٠ عقوبات ورد مطلقا لم يرد عليه أى قيد ولا يسمح بأى استثناء ، ومن ثم فلا يحق للطبيب أن يخالف حكمه أو يعتصم بحالة الضرورة ليدرأ عن نفسه المسئولية ^(٢).

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٦٩ - المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ

حامد عكاز التعليق على قانون الإثبات الطبعة التاسعة ص ٥٧٤ .

(٢) برواردل المسئولية الطبية ص ٧٠ وما بعدها - هافتر مجلة جمعية السجون في

سويسرا ١٩٠٣ الكتاب الثالث .

وقد أخذت بذلك محكمة السين في حكم لها بتاريخ ١٩٠١/٧/١١
فقضت بأن الطبيب الذى يكشف لوالدى الفتاة مرض خطيئها فيفسد
بذلك مشروع الزواج يعتبر مفشيا لسر المهنة ومسئولا عما أصاب المريض
من أضرار من جراء ذلك .

كما قضت محكمة سانت آتين بتاريخ ١٩٠٧/١٢/٢ بأن إخبار
الطبيب لزوجته المريض بأن زوجها مريض بمرض معد وتحذيره إياها من
مواقعه يعتبر إفشاء لسر المهنة .

ويسرى فريق آخر أن إفشاء السر مباح في هذه الحالات وأمثالها لأن
القانون يرمي إلى كتمان السر حيث لا يوجد مسوغ شرعى يبيح الإفشاء،
أما حين يكون هذا المسوغ قائما فلا تترتب على الطبيب في الإفشاء
بالسر^(١).

وقد أخذت بعض أحكام القضاء الفرنسى بهذا الرأى .

فقد حدث أن أخصائيا في الأمراض التناسلية شاهد شابا، كان يعالجه
حديثا من قرحة زهرية في القضيب، يدخل الحمام الذى يستحم فيه
فحاول أن يمنعه دون جدوى ، مما اضطره إلى مكاشفة مدير الحمام الذى
أصدر إلى الشاب أمرا بالخروج ، فامثل الشاب لهذا الأمر ولكنه رفع
دعوى على الطبيب، فقضت المحكمة ببراءته إذ ما كان يستطيع أن يتصرف
على غير ما فعل حرصا على المصلحة العامة^(٢).

(١) لوسيان مانش ص ٢٤٩ .

(٢) رين في ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٩ (سيرى ١٩٠١ - ٢ - ١٠٨) .

وقضت محكمة ديجون في ١٤ مايو سنة ١٨٦٨^(١) بأن الطبيب الذي يدعى لعلاج مولود حديثا ، فيشاهد عليه آثار الزهرى ، فلا يذكر ذلك للمريض ويكتفى بأن يصف علاجها وللطفل الزهور ، يكون مسئولا إزاء المريض عن إصابتها بالزهرى بطريق العدوى من الطفل نتيجة سكوته عن اطلاعها على الحقيقة .

ولذلك يذهب رأى- نويد- إلى أن الإفشاء بسر المهنة يكون جائزا ولا يعاقب عليه إذا توافرت فيه حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة ٦١^(٢) من قانون العقوبات التي تجرى على أن : " لاعتقاب على من ارتكب جريمة أُلجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى " - وحالة الضرورة هذه تتوافر في الأمثلة سالفة الذكر . وحتى في الحالات التي لا يكون فيها خطر المرض جسيما أو وشيكا وتعوزنا الشروط اللازمة لتوافر الضرورة ، فقد يسعقنا نص المادة ٦٠ من قانون العقوبات التي تبيح الفعل متى ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة ، وشريعة القانون العام شأنها في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية تأبى الضرر والضرار^(٣) .

(١) دالوز (١٨٦٩ - ٢ - ١٩٥) .

(٢) فائق الجوهري ص ٥٢١ - المستشار محمد ماهر ص ١١٦ .

(٣) المستشار محمد ماهر ص ١١٦ .

غير أنه يجب ملاحظة أن هناك فارقا بين حالة الضرورة في القانونين الجنائي والمدني . إذ تنص المادة ١٦٨ مدني على أن : " من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محققا به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يسراه القاضى مناسبا " ، فحالة الضرورة وإن كانت تعفى من العقاب ، إلا أنها لم تمنع من القضاء بالتعويض .

مختبريات الكتاب

رقم الصفحة

٣

الموضوع

رقم البند

تقدم

(عقد المقاولة)

٧

موضوع رقم (١)

(تعريف عقد المقاولة - خصائص عقد المقاولة - تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود - تنوع الأعمال التي تكون محلا للمقاولة - التنظيم التشريعي لعقد المقاولة)
١- تعريف عقد المقاولة.

٢- خصائص عقد المقاولة .

تميز عقد المقاولة عن غيره من العقود.

٣- أولاً :المقاولة والبيع .

٤- أهمية التفرقة بين المقاولة والبيع .

٥-المقاولة والإيجار .

٦-المقاولة والعمل .

٧-المقاولة والوكالة.

(أ) عقد العلاج الطبي .

(ب)العقد المبرم بين المهندس المعماري وصاحب البناء.

٨-أهمية التمييز بين المقاولة والوكالة.

٩-المقاولة والشركة.

١٠-المقاولة والوديعة.

١١-تنوع الأعمال التي تكون محلا للمقاولة .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٢-	التنظيم التشريعي لعقد المقاولة في التقنين المدني الجديد .	

٥٥

موضوع رقم (٢)

(أركان عقد المقاولة)

١٣- تعداد .

أولاً : التراضي في عقد المقاولة

١٤- توافق الإيجاب والقبول .

١٥- وثائق مقاولات المبانى .

١- العقد (LeMarché)

٢- دفتر الشروط (cahier des charges) .

٣- المقايضة (devis) .

٤- التصميمات (Lesplans) .

١٦- التعاقد بطريق المسابقة (concours) .

١٧- طلب تقدم عطاءات .

١٨- إلزام وحدات الجهاز الإدارى للدولة ووحدات

الإدارة المحلية والهيئات العامة بالتعاقد على المقاولات

بطريق المناقصة والممارسة .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

(ثانياً)

(المحل في عقد المقاولة)

١٩- المحل في عقد المقاولة مزدوج .

(أ)- العمل المتفق عليه في المقاولة .

٢٠- تطبيق القواعد العامة .

الشرط الأول : أن يكون ممكناً .

الشرط الثاني : أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين .

الشرط الثالث : أن يكون مشروعاً .

٢١- (ب) - الأجر في المقاولة

٢٢- جنس الأجر .

٢٣- تحديد الأجر .

٢٤- كيفية تحديد المتعاقدين للأجر .

(ثالثاً)

السبب في عقد المقاولة

٢٤ مكرراً - تطبيق القواعد العامة .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٨١

موضوع رقم (٣)

**شروط صحة عقد المقاوله
(الأهلية وعيوب الرضا)
أولاً : الأهلية فى عقد المقاوله**

٢٥- أهلية رب العمل .

٢٦- أهلية المقاول .

منع الحكومة والمؤسسات العامة والشركات التى
تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة
٢٥% من رأس المال من التعاقد على المقاولات
مع مقاولى القطاع الخاص .

٢٧- النص القانونى .

٢٨- مضمون الخطر .

٢٩- المقاولات التى تخضع للحظر .

٣٠- جزاء مخالفة الحظر .

ثانياً : عيوب الإرادة فى عقد المقاوله

٣١- تطبيق القواعد العامة .

٣٢- الغلط فى شخص المقاول .

٣٣- الغلط فى الحساب وغلطات القلم .

٣٤- إثبات عقد المقاوله .

٣٥- متى يعتبر عقد المقاوله مدنياً ومتى يعتبر تجارياً ؟

(أ)- بالنسبة لرب العمل .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

(ب) - بالنسبة للمقاول .

٣٦ - الاختصاص المحلي والنوعى بشأن المنازعات الناشئة
عن عقد المقاولة .

(آثار عقد المقاولة)

١٠٣

موضوع رقم (٤)

(التزامات المقاول)

٣٧ - تعداد .

(الالتزام الأول)

(تنفيذ العمل الموكول إلى المقاول بمقتضى العقد)

٣٨ - كيفية تنفيذ العمل .

٣٩ - أدوات العمل ومهمات .

٤٠ - مقدار العناية اللازمة في تنفيذ العمل .

٤١ - الالتزام بتقديم مادة العمل .

١ - التزام المقاول بتقديم مادة العمل .

٢ - التزام رب العمل بتقديم مادة العمل .

٤٢ - مسئولية المقاول مسئولية عقدية .

٤٣ - تنفيذ العمل في المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة .

جزاء الإخلال بالتزام المقاول بتنفيذ العمل .

٤٤ - تطبيق القواعد العامة .

٤٥ - (أ) - التنفيذ العيني .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

- ٤٦- (ب)- فسخ العقد .
- ٤٧- قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد.
- ٤٨- تأخر المقاول في تنفيذ العمل تأخراً لا يرجى تداركه.
- (الالتزام الثاني)
- (تسليم العمل محل المقاولة)
- ٤٩- المحل الذى يرد عليه التسليم .
- ٥٠- كيفية التسليم .
- ٥١- ميعاد التسليم .
- ٥٢- حق المقاول فى الحبس .
- ٥٣- مكان التسليم .
- ٥٤- جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم .
- (أ) - التنفيذ العيني .
- (ب)- الفسخ .
- ٥٥- تبعة هلاك الشئ قبل التسليم .
- الصورة الأولى : هلاك الشئ بمحادث فجائى .
- الصورة الثانية : هلاك الشئ بخطأ المقاول .
- الصورة الثالثة : هلاك الشئ بخطأ رب العمل .
- ٥٦- الهلاك بعد التسليم .
- ٥٧- انتقال ملكية الشئ محل المقاولة إلى رب العمل .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	(الالتزام الثالث)	
	(الالتزام بالضمان)	
٥٨ -	تقسيم .	
	(أولاً)	
	الضمان بوجه عام	
٥٩ - (١)	ضمان المقاول للمادة التي يقدمها .	
٦٠ - (٢)	مسئولية المقاول عن المادة التي يقدمها رب العمل.	
٦١ - (٣)	ضمان المقاول لعيب في الصنعة .	
	الفرض الأول: أن يكون العيب ظاهراً وقت القبول .	
	الفرض الثاني : أن يكون المقاول قد أخفى غشا العيب في الصنعة .	
	الفرض الثالث : أن يكون العيب خفياً .	
٦٢ -	مدة ضمان العيب الخفي .	
٦٣ -	عدم تعلق أحكام الضمان بالنظام العام .	
	(ثانياً)	
	ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء	
٦٤ -	النص القانوني .	
٦٥ -	الأشخاص المسئولون عن عيوب البناء .	
٦٦ - (أ)	المهندس المعماري .	
٦٧ - (ب)	المقاول .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٦٨-	ضرورة وجود عقد مقالة .	
٦٩-	عدم سريان الضمان على المقاولين من الباطن .	
٧٠-	يجب أن ترد المقالة على مبان أو منشآت ثابتة أخرى .	
٧١-	المستفيدون من الضمان .	
٧٢-	الأضرار التي يسأل عنها المهندس المعماري والمقاول .	
٧٣-	من المسئول عن العيب الناشئ عن الأرض ؟	
٧٤-	عدم اشتراط أن يكون العيب قليما .	
٧٥-	مسئولية المهندس المعماري عن العيوب الناشئة عن التصميم .	
٧٦-	مدة الضمان .	
٧٧-	زيادة مدة الضمان .	
٧٨-	طبيعة مدة الضمان .	
٧٩-	حالة تكون فيها مدة الضمان أقل من عشر سنوات .	
٨٠-	أساس دعوى الضمان .	
٨١-	إثبات مسئولية المهندس المعماري والمقاول .	
	جزاء الضمان .	
٨٢-	(أ) - الهتعمويض التقدي وإعادة الحال إلى ما كانت عليه .	
٨٣-	(ب) - فسخ العقد .	
٨٤-	تضامن المهندس والمقاول في الضمان .	
٨٥-	اقتسام المسئولية بين المهندس والمقاول .	

- رقم البند** **الموضوع** **رقم الصفحة**
- ٨٦- أساس رجوع كل من المهندس المعماري والمقاول على الآخر .
- ٨٧- تعلق أحكام الضمان بالنظام العام.
- ٨٨- جواز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه.
- ٨٩- تقادم دعوى الضمان .
- ٩٠- الأسباب التي تعفى المهندس المعماري والمقاول من المسؤولية
- ١- القوة القاهرة .
- ٢- خطأ رب العمل .
- ٣- خطأ الغير .
- ٩١- مسؤولية المهندس المعماري والمقاول قبل الغير .
- ٢٤٠
- موضوع رقم (٥)**
- (التزامات رب العمل)**
- ٩٢- تعداد .
- (الالتزام الأول)**
- (القيام بما هو ضروري لإنجاز العمل)**
- ٩٣- مضمون الالتزام .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٩٤- جزاء إخلال رب العمل بهذا الالتزام .

(الالتزام الثاني)

(تسلم العمل بعد إنجازهِ وتقبله)

٩٥- النص القانوني .

٩٦- المقصود بتسليم العمل وتقبله .

٩٧- شروط التسليم .

٩٨- كيفية التسليم .

٩٩- التسليم الكلي والتسليم الجزئي .

١٠٠- التسليم المؤقت والتسليم النهائي .

١٠١- زمان التسليم .

١٠٢- مكان التسليم .

١٠٣- النتائج التي تترتب على التسليم والقبول .

١٠٤- جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم .

(الالتزام الثالث)

(الالتزام بدفع أجر المقاول)

١٠٥- خطة البحث .

١٠٦- تعيين مقدار الأجر عند عدم الاتفاق عليه .

١٠٧- توابع أجر المقاول .

١٠٨- الأصل عدم جواز تعديل الأجر المتفق عليه .

رقم البند **الموضوع** **رقم الصنف**

الحالات التي يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه بين المقاول ورب العمل

الحالة الأولى : حالة الاتفاق على أجر بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة .

١٠٩- النص القانوني .

١١٠- شروط هذه الحالة .

١١١- أثر توافر الشروط الثلاثة سالفة الذكر .

١١٢- الفرض الأول : المجاوزة المحسوسة الجسيمة .

١١٣- الفرض الثاني : المجاوزة المحسوسة غير الجسيمة .

الحالة الثانية : حالة الاتفاق على أجر إجمالي على أساس

تصميم معين .

١١٤- النص القانوني .

١١٥- شروط تطبيق المادة .

١١٦- أثر توافر الشروط الثلاثة .

١١٧- استثناءان يجوز فيهما زيادة الأجر .

١١٨- الاستثناء الأول: حدوث تعديل أو إضافة في

التصميم بسبب خطأ رب العمل أو بإذن منه .

١١٩- الاستثناء الثاني : انهيار التوازن الاقتصادي بين

التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية

عامة .

أجر المهندس المعماري

١٢٠- النص القانوني .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم الهند

- ١٢١- القاعدة في أجر المهندس المعماري .
- ١٢٢- كيفية تقدير أجر المهندس المعماري .
- ١٢٣- عدم جواز تخفيض أجر المهندس المعماري .
- ١٢٤- تخفيض الأجر إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم.
- ١٢٥- المدين بالأجر .
- ١٢٦- الدائن بالأجر .
- ١٢٧- زمان دفع الأجر .
- ١٢٨- مكان الوفاء بالأجر .

ضمانات الوفاء بالأجر

- ١٢٩- أولاً : التنفيذ العيني أو الفسخ .
- ١٣٠- ثانياً : الحق في الحبس .
- ثالثاً : حق الامتياز .
- ١٣١- النصوص القانونية .
- أولاً : امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين
- ١٣٢- حكمة الامتياز .
- ١٣٣- تعيين الدين الممتاز .
- ١٣٤- محل الامتياز .
- ١٣٥- شهر الامتياز .
- ١٣٦- مرتبة الامتياز .
- ثانياً : امتياز حفظ النقول وترميمه
- ١٣٧- حكمة الامتياز .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٣٨-	الحق الممتاز .	
١٣٩-	محل الامتياز .	
١٤٠-	مرتبة الامتياز .	
١٤١-	حق الحبس وحق التبعية .	

٣٢٨

موضوع رقم (٦)

(المقاوله من الباطن)

(sous- Entreprise)

- ١٤٢- تعريف المقاول من الباطن .
- ١٤٣- الفرق بين المقاوله من الباطن والتنازل عن المقاوله .
- ١٤٤- صور التنازل عن المقاوله .
- ١٤٥- متى يجوز للمقاول التعاقد مع مقاول من الباطن ؟
- ١٤٦- التنازل عن الشرط المانع من المقاوله من الباطن .
- ١٤٧- أثر مخالفة المقاول لحظر المقاوله من الباطن .
- ١٤٨- آثار المقاوله من الباطن .
- أولاً : علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن
- ١٤٩- عقد المقاوله من الباطن ينظم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن .
- ١٥٠- التزامات المقاول الأصلي قبل المقاول من الباطن .
- ١٥١- التزامات المقاول من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	ثانياً : علاقة المقاول الأصلي برب العمل	
١٥٢-	التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلي .	
١٥٣-	التزامات المقاول الأصلي نحو رب العمل .	
١٥٤-	مدى مسئولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن .	
١٥٥-	أساس مسئولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن .	
	ثالثاً : علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن	
١٥٦-	علاقة غير مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن .	
	الاستثناء المقرر للمقاول من الباطن وعماله في الرجوع بالأجر مباشرة على رب العمل	
١٥٧-	النص القانوني .	
١٥٨-	الحكمة من الدعوى المباشرة .	
١٥٩-	أصحاب الحق في الدعوى المباشرة .	
١-	المقاول من الباطن .	
٢-	العامل الذي يعمل لدى المقاول الأصلي .	
٣-	العامل الذي يعمل لدى المقاول من الباطن .	
١٦٠-	نتائج الدعوى المباشرة .	
١٦١-	حق الامتياز المقرر للمقاول من الباطن والعمال.	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٦٢-	محل الامتياز .	
١٦٣-	حالة نزول المفاوض الأصلي عن دينه قبل رب العمل بطريق الحوالة .	

٣٥٧

موضوع رقم (٧)

(انقضاء المفاوضة)

- ١٦٤- النصوص القانونية .
- ١٦٥- انقضاء المفاوضة بأسباب عامة وأخرى خاصة .
- (أولاً)
- (الأسباب العامة لانقضاء عقد المفاوضة)
- ١٦٦- أسباب خمسة لانقضاء عقد المفاوضة .
- ١- تنفيذ العقد .
- ٢- انقضاء مدة التنفيذ .
- ٣- استحالة تنفيذ العقد .
- ٤- فسخ العقد .
- ٥- التقايل من العقد .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	(ثانيا)	
	(سبيان خاصان لانقضاء عقد المقاولة)	
	(السبب الأول)	
	(تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة)	
١٦٧ -	تحويل حق التحلل من عقد المقاولة لرب العمل وحده .	
١٦٨ -	هل يملك أحد آخر إنهاء المقاولة بإرادته المنفردة ؟	
١٦٩ -	شروط إنهاء رب العمل المقاولة بإرادته المنفردة .	
١٧٠ -	نطاق تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة .	
١٧١ -	إنهاء عقد المقاولة بالإرادة المنفردة رخصة لرب العمل .	
١٧٢ -	كيفية إخطار رب العمل المقاول بالتحلل من المقاولة.	
١٧٣ -	التعويض المستحق للمقاول بسبب التحلل من العقد.	
١ -	المصروفات التي أنفقها المقاول .	
٢ -	قيمة ما أنجزه المقاول من أعمال .	
٣ -	قيمة ما كان المقاول يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.	
٤ -	تعويض المقاول عما يكون قد أصابه من ضرر أدبي.	
١٧٤ -	جواز تخفيض التعويض المستحق للمقاول عما فاتته من كسب .	

رقم البند الموضوع رقم الصفحة
١٧٥- عدم تعلق حق رب العمل في التحلل من المقاولة
بالنظام العام .

(السبب الثاني)

(موت المقاول)

١٧٦- الأصل عدم انتهاء عقد المقاولة بموت المقاول.
١٧٧- انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت
موهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد .
١٧٨- ما يسرى عليه حكم موت المقاول .
١٧٩- حالة ما إذا لم تكن الموهلات الشخصية للمقاول
محل اعتبار في المقاولة .

١٨٠- آثار انقضاء المقاولة بموت المقاول .
١٨١- عدم انقضاء عقد المقاولة بموت رب العمل.

(بعض أنواع المقاولات)

(أولاً)

(عقد التزام المرافق العامة)

٣٩٦

موضوع رقم (١)

(دراسة تمهيدية عن المرافق العامة)

١٨٢- تعريف المرفق العام .
١٨٣- خصائص المرفق العام .
١- يجب أن يكون المرفق العام من إنشاء الدولة .

- رقم البند** **الموضوع** **رقم الصفحة**
- ٢- يجب أن يكون المرفق العام بقصد تحقيق خدمة عامة.
- ٣- يجب ألا يكون المقصود أساساً من المرفق العام هو الحصول على الربح .
- ٤- خضوع المرافق العامة لبعض القواعد القانونية الموحدة.
- ١٨٤- أنواع المرافق العامة .
- ١- المرافق الإدارية .
- ٢- المرافق الاقتصادية (الصناعية والتجارية) .
- ٣- المرافق القومية والمرافق الإقليمية والمرافق البلدية .
- ٤- المرافق النقابية أو المهنية .
- ٥- المرافق التي لها شخصية معنوية والمرافق التي ليس لها شخصية معنوية .
- ٦- المرافق الإلزامية والمرافق الاختيارية .
- أهم المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة**
- ١٨٥- أولاً : مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.
- ١٨٦- ثانياً : قاعدة مساواة المتفاعلين أمام المرافق العامة .
- ١٨٧- ثالثاً : قابلية نظام المرافق العامة للتغيرات والتعديلات في أى وقت .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	طرق إدارة المرافق العامة	

١٨٨- تعداد .

١٨٩- الطريقة الأولى : الاستغلال المباشر أو الربحي .

١٩٠- الطريقة الثانية : المؤسسات والهيئات العامة .

١٩١- الطريقة الثالثة : التزام أو (امتياز) المرافق العامة.

١٩٢- الطريقة الرابعة : الاستغلال المختلط .

١٩٣- الطريقة الخامسة : الإدارة بطريق الربحي غير المباشر.

٤٢٠

موضوع رقم (٩)

(أحكام عقد التزام المرافق العامة)

١٩٤- تعريف عقد التزام المرافق العامة .

١٩٥- فائدة تنظيم هذا النوع من المقاولات .

١٩٦- عناصر عقد التزام المرافق العامة .

العنصر الأول :

أن يكون العقد مبرما بين جهة الإدارة المختصة بتنظيمه

وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق .

العنصر الثاني :

أن يكون محل العقد إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية .

العنصر الثالث :

تحديد مدة معينة لالتزام المرفق .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

- ١٩٧ - الطبيعة القانونية لعقد التزام المرافق العامة .
- ١٩٨ - طبيعة عقد الالتزام في القانون المصري .
- ١٩٩ - كيفية منح التزام المرافق العامة .
- ٢٠٠ - بعض التزامات حديثة للمرافق العامة .
- ٢٠١ - رقابة وإشراف جهة الإدارة على الملتزم .
- ٢٠٢ - استرداد الالتزام قبل نهاية مدته .
- ٢٠٣ - حقوق الملتزم .
- ٢٠٤ - واجبات الملتزم .
- العلاقة بين ملتزم المرفق العام والعملاء
- ٢٠٥ - تكييف العلاقة بين الملتزم والعميل .
- ٢٠٦ - حقوق المتنفع قبل الملتزم .
- أسعار الخدمات التي يؤديها المرفق العام
- ٢٠٧ - النصوص القانونية .
- ٢٠٨ - مصدر القوة الإلزامية للأسعار التي يتقاضاها الملتزم .
- ٢٠٩ - جزاء الاتفاق على أسعار تخالف الأسعار المحددة .
- ٢١٠ - إعادة النظر في الأسعار المقررة .
- ٢١١ - مبدأ سريان التعديل في الأسعار .
- ٢١٢ - واجب الملتزم نحو استمرار المرفق وانتظامه ومسايرته للتطور .

- رقم البند** **الموضوع** **رقم الصفحة**
- ٢١٣- مرافق توزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك.
- المساواة بين العملاء**
- ٢١٤- المقصود بالمساواة بين العملاء .
- ٢١٥- استثناءات من مبدأ المساواة .
- جزء مخالف للالتزامات الواقعة عليه .
- ٢١٦- (أ)- جزء مدق .
- ١- طلب التنفيذ العيني .
- ٢- طلب التعويض .
- ٣- طلب فسخ العقد .
- ٢١٧- (ب) جزء إدارى .
- ٢١٨- من يجوز له حق التقاضى ؟

٥١٧

موضوع رقم (١٠)

(ثانياً)
(العقد الطبى)

- ٢١٩- المقصود بالأعمال الطبية .
- ٢٢٠- الأفعال التى يبيحها حق مباشرة الأعمال الطبية .
- ٢٢١- أساس مشروعية العمل الطبى .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٢٢-	الشروط اللازمة لمزاولة مهنة الطب .	
٢٢٣-	هل يجوز الترخيص بمزاولة مهنة الطب لأطباء الامتياز ؟	
٢٢٤-	مدى الترخيص الصادر بمزاولة مهنة الطب .	
٢٢٥-	عقوبة جريمة مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص .	
٢٢٦-	اشتراط رضاء المريض لممارسة العمل الطبي .	
٢٢٧-	ممن يصدر الرضاء بالعمل الطبي ؟	
٢٢٨-	نطاق الرضاء .	
٢٢٩-	وجوب صدور الرضاء عن إرادة حرة .	
٢٣٠-	شكل الرضاء .	
٢٣١-	استثناءات من شرط الرضاء بالعمل الطبي .	
٢٣٢-	مسئولية الطبيب عن الخطأ الفني والخطأ العادي .	
٢٣٣-	مسئولية الطبيب عن الخطأ اليسير .	
٢٣٤-	التزام الطبيب التزام ببذل عناية .	
٢٣٥-	المستوى المهني للطبيب .	
٢٣٦-	تعهد الطبيب بشفاء المريض .	
٢٣٧-	اتباع الطبيب رأى طبي مازال محل خلاف .	
٢٣٨-	التجارب الطبية .	
٢٣٩-	تكييف علاقة الطبيب بالمريض .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	أولاً : حالة اختيار المريض أو نائبه للطبيب .	
	ثانياً : حالة تدخل الطبيب بغير دعوة من المريض .	
	ثالثاً : حالة الطبيب المعين من قبل مستشفى أو مشروع خاص .	
	رابعاً : حالة الطبيب الذى يعمل بمستشفى عام .	
٢٤٠-	رفض الطبيب علاج المريض .	
٢٤١-	انقطاع الطبيب عن علاج المريض .	
٢٤٢-	التزامات الطبيب فى توقيع الكشف وتشخيص المرض .	
٢٤٣-	التزامات الطبيب فى وصف العلاج .	
٢٤٤-	الحقن بمصل التيتانوس .	
٢٤٥-	مسئولية طبيب التوليد .	
٢٤٦-	مسئولية الجراح	
	(أ)- قبل إجراء الجراحة .	
	(ب)- أثناء إجراء الجراحة .	
	(ج)- بعد إجراء الجراحة .	
٢٤٧-	جراحة التحميل .	
٢٤٨-	مسئولية طبيب التخدير .	
٢٤٩-	مسئولية الجراح عن أخطاء مساعديه .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
(أ)	إذا كانت العلاقة بين الجراح والمريض تعاقدية .	
(ب)	إذا كان الجراح يعمل بمستشفى حكومى .	
(ج)	إذا كان الجراح يعمل بمركز طبي أو مستشفى خاص .	
٢٥٠-	مسئولية المستشفى الحكومى .	
٢٥١-	مسئولية المستشفى الخاص .	
٢٥٢-	القتل بسبب الشفقة على المجنى عليه .	
٢٥٣-	إثبات مسئولية الطبيب .	
٢٥٤-	دفع مسئولية الطبيب .	
٢٥٥-	الالتزام بالسلامة .	
٢٥٦-	العلاج بالأشعة .	
٢٥٧-	نقل الدم .	
٢٥٨-	التحاليل الطبية .	
٢٥٩-	مسئولية الطبيب عن الأجهزة .	
٢٦٠-	التركيبات الصناعية .	
٢٦١-	مسئولية طبيب الأسنان .	
٢٦٢-	العلاج النفسى .	
٢٦٣-	مهنة العلاج الطبيعى .	
٢٦٤-	مهنة تجهيز وبيع النظارات الطبية .	

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٦٦١

موضوع رقم (١١)

(جريمة إفشاء الطبيب سر المهنة)

٢٦٥- النص القانوني.

٢٦٦- تمهيد .

٢٦٧- أركان الجريمة

(الركن الأول)

(ركن مادی يتمثل في الإفشاء)

٢٦٨- المقصود بالإفشاء .

٢٦٩- وسائل الإفشاء .

٢٧٠- تحقق إفشاء السر ولو انصب على واقعة معروفة.

٢٧١- صور الإفشاء .

٢٧٢- تحقق الإفشاء ولو كان جزئيا .

٢٧٣- متى ينتهى الالتزام بعدم الإفشاء ؟

(الركن الثانى)

(أن يكون الأمر الذى حصل إفشاؤه سرا)

٢٧٤- مضمون الشرط .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	(الركن الثالث)	
٢٧٥-	(أن يقع إفشاء السر من طبيب أو من حكمه بحكم عمله)	
	مضمون الركن .	
	(الركن الرابع)	
	(القصد الجنائي)	
٢٧٦-	تطلب توافر القصد الجنائي العام .	
٢٧٧-	لا يشترط توافر نية الإضرار لدى الطبيب .	
٢٧٨-	عقوبة الجريمة .	
٢٧٩-	تسبب حكم الإدانة .	
	(الحالات التي يجب أو يجوز فيها إفشاء سر المهنة الطبية)	
٢٨٠-	تمهيد .	
٢٨١-	الحالة الأولى:	
	تنفيذ أمر القانون أو استعمال حق يميزه .	
١-	الإبلاغ عن المواليد .	
٢-	الإبلاغ عن الوفيات .	
٣-	الإبلاغ عن الأمراض المعدية .	
٤-	الإبلاغ عن الأمراض الزهرية .	
٢٨٢-	الحالة الثانية:	
	الإبلاغ عن الجرائم .	

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

- ٢٨٣- الحالة الثالثة :
طبيب شركة التأمين .
٢٨٤- الحالة الرابعة :
الشهادة أمام القضاء .
٢٨٥- الحالة الخامسة :
أعمال الخبرة .
٢٨٦- الحالة السادسة :
رضاء المجنى عليه .
٢٨٧- الحالة السابعة :
حالة الضرورة .

ظهر للمؤلف عن دار محمود للنشر والتوزيع

- ١- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع
فى إيجار وبيع الأماكن الخالية.
الجزء الأول (الطبعة الخامسة عشرة)
- ٢- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى
إيجار وبيع الأماكن الخالية.
الجزء الثانى (الطبعة الخامسة عشرة)
- ٣- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى
إيجار وبيع الأماكن الخالية.
الجزء الثالث (الطبعة الخامسة عشرة)
- ٤- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى أجرة الأماكن
القديمة وما طرأ عليها من تخفيفات وزيادات.
الجزء الرابع (الطبعة الخامسة)
- ٥- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى عقد
الإيجار فى التقنين المدنى الجديد.
الجزء الخامس (الطبعة السادسة)
- ٦- شرح قانون المبانى الجديد من الناحيتين الجنائية والمدنية
(الطبعة السادسة)

٧- الحراسة القضائية في ضوء الفقه والقضاء .

(الطبعة الرابعة)

٨- قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز
والتنجيب فقها وقضاء.

(الطبعة التاسعة)

٩- الحجز القضائي على المنقول في ضوء الفقه والقضاء
وطبقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩.

(الطبعة الثانية)

١٠- الدفع في قانون المرافعات فقها وقضاء.

(وطبقا للأحكام القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩)

(الطبعة الثالثة)

١١- التجريف والتبوير والبناء على الأرض الزراعية
وقمائن الطوب.

(الطبعة السابعة)

١٢- التعليق على قانون الرسوم القضائية في ضوء الفقه
والقضاء.

(الطبعة الثانية)

١٣- موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية -
الكتاب الأول .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٤- موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية -
الكتاب الثاني .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٥- موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية -
الكتاب الثالث .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٦- موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية -
الكتاب الرابع .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٧- موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية -
الكتاب الخامس .

(الطبعة التاسعة)

١٨- شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون رقم ١٤
لسنة ٢٠٠١ .

(الطبعة السابعة)

١٩- موسوعة الفقه والقضاء في قانون التجارة الجديد-
المجلد الأول . (الطبعة الأولى)

٢٠- موسوعة الفقه والقضاء في قانون التجارة الجديد -
المجلد الثاني . (الطبعة الأولى)

٢١- موسوعة الفقه والقضاء في قانون التجارة الجديد-
المجلد الثالث . (الطبعة الأولى)

٢٢- موسوعة الفقه والقضاء في قانون التجارة الجديد -
المجلد الرابع . (الطبعة الأولى)

٢٣- موسوعة الفقه والقضاء في قانون العمل .

المجلد الأول . (الطبعة الثالثة)

٢٤- موسوعة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد .

المجلد الثاني . (الطبعة الثالثة)

٢٥- موسوعة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد .

المجلد الثالث . (الطبعة الثالثة)

٢٦- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود المدنية الصغيرة) .

المجلد الاول : (عقد الهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة) .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

٢٧- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود المدنية الصغيرة) .

المجلد الثانى : عقد الوديعة - عقد العارية - عقد

القرض - عقد الدخل الدائم أو الإيرادات المرتبة الدائمة -

عقد المرتب مدى الحياة - عقد المقامرة - عقد الرهان .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

٢٨- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى


(العقود المدنية الصغيرة) .

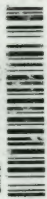
المجلد الثالث : عقد المقايضة .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

كتب نفدت

- ١- أحكام الإيجار فى قانون الإصلاح الزراعى.
(الحائز على جائزة التأليف الزراعى)
(الطبعة العاشرة)
- ٢ مشكلات الملكية والحيازة فى قانونى الزراعة والإصلاح
الزراعى.
- ٣- إيجار الأماكن المفروشة وتبادل الشقق.
- ٤- ملحق بشرح التعديلات الجديدة فى إيجار الشقق المفروشة.
- ٥- شرح التعديلات الجديدة فى قانون الإصلاح الزراعى.
- ٦- انتقال الإيجار إلى ورثة المستأجر بعد صدور حكم المحكمة
الدستورية العليا رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائية (دستورية).
- ٧- شرح قانون الأسلحة والذخائر.
- ٨- جرائم التشرد والاشتباه فقها وقضاء (الطبعة الثانية).
- ٩- الطفل وحنان القانون (كتاب ثقافى للطفل)

 Bibliotheca Alexandrina



1129953